



المحاماة

تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

العددان الأول والثانى - يناير وفبراير ١٩٩١ السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم
والعصر . إن الإنسان لفى خسر إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر .
صدق الله العظيم

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم:

ما من شئ أثقل فى ميزان المؤمن يوم القيامة من حسن الخلق ، وإن الله يبغض الفاحش البذىء .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

ما أجتمع قوم فى بيت من بيوت الله ، يتلون كتاب الله ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة ، وغشيتهم الرحمة ، وحفتهم الملائكة ، وذكرهم الله فيمن عنده .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

المؤمن القوى ، خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

إذا تقرب العبد إلىّ شبراً ، تقربت إليه ذراعاً ، وإذا تقرب إلىّ ذراعاً تقربت إليه باعاً وإذا أتانى يمشى ، أتيته مهرولاً .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

يتبع الميت ثلاثة : أهله وماله وعمله ، فيرجع أثنان ويبقى واحد ، يرجع أهله وماله ، ويبقى عمله .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

من غدا إلى المسجد أو راح ، أعد الله له فى الجنة منزلاً كلما غدا أو راح .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

لا تحقرن من المعروف شيئاً ، ولو أن تلقى أخاك بوجه طليق .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

ظلم المستبدون ولو عدلوا

إن العدل والإستبداد نقيضان لا يجتمعان .. وضدان لا يلتقيان ..إنهما يختلفان فى الطبيعة والوسيلة والغاية .. فالعدالة قبس آلهى تفرضه إرادة الخالق ، أما الإستبداد فهو شذوذ سياسى تفرضه إرادة المخلوق .. والعدل هو منطق الحكم بالقسطاس ، وأما الإستبداد فهو منطق القهر والبطش والإرهاب .. وإذا كانت غاية العدل هى قضاء بحق ، إلا أن غاية الإستبداد هى القضاء على كل حق .. !!

خبرونى عن العدل فى أية دولة يحكمها مستبد .. أين مقر العدل فى تلك الدولة وأين مكانه .. وأين حقوق الإنسان فيها وأين كيانه .. فالعدالة فى دولة الإستبداد خرافة .. وحقوق الإنسان فى دولة الإرهاب ضائعة .. وعلينا أن ندرك حقيقة يؤكدها التاريخ وهى ظلم المستبدون ولو عدلوا .. !!

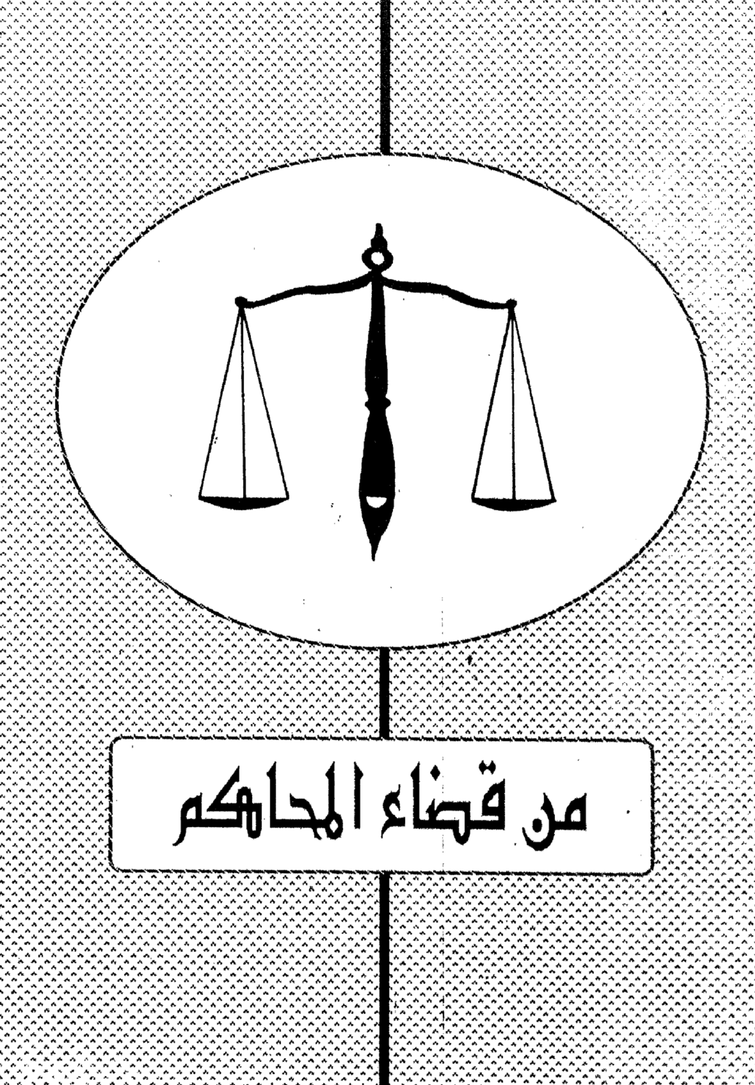
أن الإستبداد ثمرة خبيثة لشجرة فاسدة ما لها من قرار .. إنه إفراز جريمة كبرى هى جريمة إنكار حقوق الشعوب .. ولتجدن أشد الحكام إستبداداً الذين كتبوا صفحات تاريخهم الأسود بحروف من أشلاء قتلى .. فكلماتهم من جثث ضحاياهم .. ومدادها قطرات من دم الشهداء .. !!

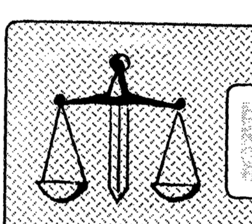
لقد علمنا التاريخ أن الإستبداد هو المناخ الملائم الذى تنمو فيه جريمة التعذيب .. فالإستبداد ظلام ، وفى الظلام ترتكب أبشع الآثام .. والإستبداد ظلم وفى الظلم تضيع الحقوق .. والاستبداد فساد والفساد مقبرة للكفاءات .. والإستبداد قهر وبالقهر تختفى الحريات ، وتنطلق الأفاعى والذئاب .. !!

سكرتير التحرير
عصمت الهوارى
المحامى
وكيل نقابة المحامين

نحن نعيش مع الناس في أيامهم الخضر ، وأيامهم اليابسات ، موقنين أن الناس وحدهم هم القادرون على أن يبعثوا الحياة في الجفاف ، بالعمل الصادق لا القول الهازل .

الأستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجـــــه


من قضاء المحاكم



مبادىء النقض فى المواد المدنية

(١)

جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤

المحكمة :

بعد الأطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر عبد الحميد سليمان والمرافعة وبعد المداولة ..

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع ـ على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر اوراق الطعن ـ تتحصل فى أن الطاعنة أقامت على المطعون ضده الدعوى رقم ٤٨٨٧ لسنة ١٩٧٨ أمام محكمة شبين الكوم الإبتدائية بطلب الحكم بفسخ العلاقة الإيجارية بينهما واخلاء العين المؤجرة له وتسليمها اليها ، وقالت بيانا لدعواها انه بموجب عقد مؤرخ ١٩٦٨/٣/١ استأجر منها المطعون ضده الدكان المبين بالصحيفة لقاء أجرة شهرية قدرها جنيهان ، واذ امتنع عن الوفاء بالاجرة المستحقة عليه عن المدة من أول يناير سنة ١٩٧٨ حتى نهاية شهر أكتوبر سنة ١٩٧٨ رغم التنبيه عليه بالوفاء بها فقد اقامت الدعوى . وبتاريخ ١٩٧٩/٤/١٧ قضت المحكمة باخلاء العين المؤجرة وتسليمها للطاعنة ، أستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٦٧ لسنة ١٢ق طنطا (مأمورية شبين الكوم) . وبتاريخ ١٩٧٩/١٢/٢٤ حكمت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى . طعنت الطاعنة فى هذا ـ الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن . واذ عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة رأت أنه جدير لنظره وفيها التزمت النيابه رأيها .

وحيث أن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والفساد فى الاستدلال وفى بيان ذلك تقول أن الحكم اقام قضاءه برفض طلب اخلاء العين المؤجرة على سند من أن المطعون ضده قام بالوفاء بكامل الأجرة المستحقة عليه ـ رغم أنه لم يوف بأجرة شهر ابريل سنة ١٩٧٩ وقيمتها جنيهان كما تمسكت فى مذكرتها بأن المطعون ضده لم يوف بكامل المصاريف والنفقات الفعلية ، اذ مازال مديناً بمبلغ ستين مليماً لم يؤدها من رسوم الدعوى ومبلغ ٦٣٠ مليما قيمة رسم الإنذار بالتكليف بالوفاء ومن ثم فان الحكم يكون قد أقام قضائه على واقعة استخلصها من

مصدر لا وجود له الأمر الذى يعيبه . ويستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك ان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - ان النص فى المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المنطبق على واقعة الدعوى على أنه " فى غير الأماكن المؤجرة مفروشة لا يجوز للمؤجر ان يطلب اخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

أ - اذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر ، ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات يدل على أن من حق المؤجر المطالبة بأخلاء المكان المؤجر إذا لم يكن المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة فى ذمته أيا كان مقدارها ، إذ ليست الأجرة بذاتها هى محل المطالبة فى الدعوى المقامة على سند من النص المتقدم وللمستأجر توقى الإخلاء اذا ما أوفى بالأجرة المستحقة جميعها سواء ما ذكر منها بالتكليف بالوفاء أو ما استجد من أجرة بعد رفع الدعوى وحتى اقفال باب المرافعه علاوه على المصاريف والنفقات الفعلية ، ذلك ان استحقاق أجرة متجددة فى ذمة المستأجر اثناء سير الدعوى هو دليل فيها تلتزم المحكمة بالنظر فيه وأعمال أثره دون موجب لقيام المؤجر بتكليف المستأجر بأداء ما استجد فى ذمته من أجرة لتحقق العلة من التكليف من باب أولى ببلوغ الأمر مبلغ الخصومة القضائية المؤسسة على ذلك التأخير وتمسك المؤجر بطلب الإخلاء لقيام سببه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب أخلاء العين المؤجره للمطعون ضده على ما أورده بمدوناته من أن " الثابت بالمستندات أن المستأنف - المطعون ضده - عرض على المستأنف ضدها مبلغ ٣٣٫٥٠٠ بموجب أنذار عرض أعلن للمستأنف عليها بتاريخ ١٩٧٩/٣/٢٧ كما قام بعرض مبلغ ١٦ جنيه بموجب إنذار عرض معلن بتاريخ ١٩٧٩/١١/١٨ وقد تسلمت المستأنف ضدها المبالغ المعروضة ومن ثم يكون المستأنف قد توقى طلب الاخلاء بأدائه مبالغ تزيد عن الأجرة المستحقه فى التكليف بالوفاء قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى فيسقط بذلك حق المستأنف ضدها فى الاخلاء " وكان مفاد ما خلص اليه الحكم على النحو المتقدم أنه لم يتحقق من سداد المطعون ضده لاجره شهر ابريل سنة ١٩٧٩ رغم ان الثابت بانذارى العرض اللذين استند اليهما فى قضائه أنهما لم يشتملا على أجره ذلك الشهر ، وكان الحكم قد أغفل أيضا بحث ما تمسكت به الطاعنة فى مذكرتها - المقدم صورتها الرسمية وفق حافظة مستنداتها . من عدم سداد المطعون ضده الرسم المستحق علي أنذار التكليف بالوفاء باعتباره من المصاريف والنفقات الفعلية الواجبة الإداء لتوقى الحكم بالاخلاء ، ومن ثم فأنه يكون قد شابه القصور فى التسبيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٥٠ قضائية)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٣

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر كمال مراد والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن أستوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أن المطعون ضدهما أقاما الدعوى رقم ١٧٣٠ لسنة ١٩٨١ الجيزة الابتدائية بطلب الحكم بأخلاء الطاعن الاجنبى الجنسية من الشقة المؤجرة اليه بالعقد المؤرخ ١٩٧٠/٦/٢٥ لانتهاء مدة إقامته فى تاريخ سابق على العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . حكمت المحكمة برفض الدعوى .

استأنف المطعون ضدهما بالاستئناف ٣٠٥١ لسنة ٩٩ ق القاهرة . وبتاريخ ١٩٨٢/٢/٢١ قضت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف واخلاء الطاعن .

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة رأت فيها رفض الطعن ، وعرض على المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن الطعن أقيم على ثلاث أسباب ينعى الطاعن بالأول منها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى فهم الواقع وفى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول وان كانت إقامته قد انتهت فى سنة ١٩٧٣ إلا أنه تقدم بطلب فى ١٩٨١/٩/٥ للحصول على تصريح جديد بالإقامة وأضطر لمغادرة البلاد فى ١٩٨١/٩/١٦ واثناء غيابه بالخارج وافقت مصلحة وثائق السفر والهجرة بتاريخ ١٩٨١/٩/١٩ على منحه تصريح باقامة مؤقته وإنه وان كان لم يسدد رسوم هذا الترخيص ولم يحصل عليه الا أن ذلك .

لا ينفى أن ثمة موافقة قد صدرت بمنحه ترخيص بالاقامة لمدة ثلاث سنوات وإذ كان المشرع لم يفرق بين الموافقة وبين أستلامه الترخيص ، وكان لم يتغيب عن البلاد اكثر من ستة أشهر فانه كان يتعين الإعتداد بتلك الموافقة ، وبأن له اقامة سارية المفعول وقت رفع الدعوى فى ١٩٨١/١٠/٢ واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون معيبا وبما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعى مردود ، ذلك أن النص فى المادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه " تنتهى بقوة القانون عقود التأجير لغير المصرين بانتهاء المده المحددة ، قانونا لاقامتهم بالبلاد ، وبالنسبة للأماكن التى يستأجرها غير المصريين فى تاريخ العمل وماحكام هذا القانون يجوز للمؤجر أن يطلب أخلاءها اذا ما انتهت اقامة المستأجر غير المصرى بالبلاد ... " يدل على أن عقود الإيجار الصادرة لصالح الاجانب والسارية المفعول وقت العمل بالقانون المذكور فى ١٩٨١/٧/٣١ دون أن يكون لهم مدة أقامة ساريه المفعول فى ذلك الوقت قد أصبحت منتهيه بقوة ذلك القانون ومنذ نفاذه ، أما إذا كانت مدة أقامتهم ممتدة الى تاريخ لاحق أو كانت عقود الإيجار الصادرة اليهم لم تبرم إلا فى تاريخ تال لسريان القانون المذكور فان هذه العقود لا تنتهى

بقوة القانون الابانتهاء مدة اقامتهم وأنه إذا ما أنتهت هذه العقود على النحو المقدم ولجأ المؤجر الى المحكمة طالبا أخلاء المستأجر فان المحكمة لا تملك الا اجابته الى طلبه متى تحققت من أن المستأجر أجنبى الجنسية وأن مدة أقامته بالبلاد قد انتهت ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان عقد الإيجار الصادر لصالح الطاعن وهو أجنبى الجنسية ـ قد أبرم فى ١٩٧٠/٦/٢٥ وظل ساريا الى حين نقاذ القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حال ان مدة اقامته فى البلاد قد أنتهت فى سنة ١٩٧٣ ولم تكن له مدة أقامة سارية وقت العمل بالقانون المذكور ، ومن ثم فان هذا العقد يكون قد أنتهى بقوة ذلك القانون ومن تاريخ نفاذه فى ١٩٨٧/٧/٣١ ، ولا عبرة من بعد باتخاذ الطاعن أجراءات تاليه للحصول على اقامة جديدة ، اذ ان ذلك ليس من شأنه ان يعيد الى العقد الذى انتهى بقوة القانون سريانه حتى لو صدر له تصريح جديد بالاقامة عن مدة تاليه لانتهاء مده العقد . ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث ان حاصل ما ينعاه الطاعن بالسببين الثانى والثالث البطلان والفساد ، فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ، وفى بيان ذلك يقول ان الحكم المطعون فيه اعتد بصحة أعلانه بصحيفة الاستئناف فى النيابة العامة على خلاف ما تقضى به المادتين ١٠ ، ١١ من قانون المرافعات من وجوب اعلانه بمحل اقامته بشقة النزاع ، ملتفتا عن شهادة مصلحة ووثائق السفر والهجرة والجنسية التى تفيد موافقتها على طلبه بالحصول على تصريح بالاقامة ، معتداً بشهادة آخرى من ذات المصلحة نفيد بأن هذه الموافقة قد أصبحت منعدمة بسبب مغادرته البلاد قبل استلام التصريح بالاقامة ، ورغم ان العبرة بالموافقه دون صدور الترخيص هذا الى ان الحكم المطعون فيه بمسلكه هذا يكون قد خالف حجية الحكم الابتدائى الذى قطع بأسبابه بوجود اقامة له بالبلاد مما كان يتعين معه التزاما بهذه الحجية ان يوجه اليه الاعلان بصحيفة الاستئناف بمحل أقامته دون تسليمه للنيابه ، كما أن الحكم المطعون فيه لم يرد على ما جاء بأسباب الحكم الابتدائى ولم يناقش الحجج والمستندات التى أخذ بها ذلك الحكم ولم يبين سبب إسقاطه ، مما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان النعى فى شقه الأول مردود ، ذلك ان النص فى عجز المادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه " ... ويكون أعلان غير المصرى الذى انتهت اقامته قانونا عن طريق النيابة العامة ... " يدل على ان المشرع واجه وضعا حتميا يتمثل فى إستحاله أن يكون لغير المصرى موطنا أصليا داخل البلاد بعد انتهاء مدة إقامته بها التزاماً بحكم المادة ١٦ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٨ والتى تفرض على الأجنبى مغادرة أراضى الجمهورية بعد إنتهاء مدة اقامته ، ومن ثم اوجب اعلانه باعتباره مقيما بالخارج عن طريق النيابة العامة وذلك مع مراعاه ما ورد بالفقرتين التاسعة والعاشرة من المادة الثالثة عشر من قانون المرافعات تبعا لما اذا كان للأجنبى موطن معلوم بالخارج فتسلم الأوراق للنيابة لارسالها اليه ، أو لم يكن له موطن معلوم فى الخارج فيكتفى

بتسليم الأوراق للنيابة ، لا فرق فى ذلك بين إعلان صحيفة افتتاح الدعوى أو صحيفة الإستئناف وبين أعلان الحكم ، كل ذلك ما لم يكن الأجنبى قد حصل على تصريح جديد بالاقامة قبل توجيه الاعلان فيتعين توجيه الاعلان اليه بموطنه داخل البلاد ، لما كان ذلك وكان ما تنص عليه المـادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من أن " الاقامة تثبت بشهادة صادرة من الجهة الادارية المختصة ... " وما تنص عليه المادة ١٦ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠ فى شأن اقامة الاجانب المعدل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٦٨ من أنه " يجب على كل أجنبى ان يكون حاصلا على تزخيص فى الاقامة " مؤداه أن ـ المعول عليه فى اثبات الاقامة هو صدور الترخيص بالفعل وحصول الاجنبى عليه أما موافقة الجهة الإدارية ثم الغائها تلك الموافقة أو اعتبارها منعدمة ورفضها اصدار الترخيص الترخيص فلا يثبت الاقامة حتى ولو أصدرت الجهة الادارية المختصه شهادة تثبت تلك الاجراءات ، ولما كان الثابت بالاوراق ان الطاعن تقدم بطلب الحصول على ترخيص بالاقامة فوافقت مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية إلا أنه غادر البلاد قبل سداد رسوم الترخيص واستلامه وتغيب فى الخارج فترة مما حدا بالمصلحة المذكورة الى أعتبار موافقتها منعدمة ، وكان مؤدى ذلك عدم ثبوت اقامة الطاعن لعدم صدور ترخيص بذلك سارى وقت اعلانه بصحيفة الإســتئناف ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه أن إعتد بصحة اعلانه بها عن طريق النيابه العامه إلتزاما بحكم المادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ٨١ ، والنعى فى شقه الثانى فى غير محله ذلك أنه لما كانت محكمة الاستئناف تنظر ذات القضية التى صدر فيها الحكم المستأنف دون اعتداد بما انتهى اليه ذلك الحكم ولها حق الغاؤة أو تعديله أو تأييده ومن ثم فانها لاتتقيـد بما لهـذا الحـكم من حجية ، فأن ما يثيره الطاعن بشأن عدم تقيد الحكم المطعون فيه بحجيه الحكم الإبتدائى فيما قطع فيه من وجود اقامة له بالبلاد ، يكون ولا سند له فى القانون والنعى فى شقه الأخير غير مقبول ذلك أنه لا الزام على محكمه الاستئناف ان تنفيذ أسباب الحكم الابتدائى الذى الغته وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يكفى لحملة ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص الى أنهاء مدة اقامة الطاعن بالبلاد فى سنه ١٩٧٣ وعدم حصوله على اقامة جديدة ورتب على ذلك انهاء العقد وصحة اعلانه عن طريق النيابة العامة بأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالاوراق وكانت ممكن الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم فى مناحى دفاعهم وحججهم والرد على كل منها استقلالا ، ومن ثم فان هذا الشق من النعى لا يعدو أن يكون جدلا فيما لمحكمة الموضوع سلطة تحصيله وتقديره بغيه الحصول على نتيجة مغايرة وهو ما لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض .

وحيث أنه لما تقدم بتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ٢٤١٣ سنة ٥٢ قضائيه)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير

الذى تلاه السيد المستشار المقرر محمد محمد طيطه والمرافعة وبعد المداولة .

حيث ان الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث ان الوقائع تتحصل ـ على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق ـ فى ان المطعون ضده الأول أقام على الطاعن والمطعون ضده الثانى الدعوى رقم ١٧٢٧ سنة ١٩٧٨ مدنى كلى اسكندرية طالباً الحكم بفسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٧٥/٣/١ وإخلاء العين المؤجرة المبينة بالصحيفة والتسليم وقال بياناً لدعواه ان المطعون ضده الثانى استاجر منه الدكان محل النزاع لاستعماله فى كى الملابس ثم قام بتأجيره من الباطن للطاعن مخالفا الحظر الوارد بالعقد والقانون فأقام الدعوى .

دفع الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة رفضت المحكمة الدفع واحالت الدعوى إلى التحقيق وبعد سماع الشهود حكمت برفض الدعوى استأنف المطعون ضده الاول الحكم بالإستئناف رقم ٦٠٣ سنة ٣٥ ق اسكندرية وبتاريخ ١٩٨١/٥/٢٥ قضت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف وبفسخ عقد الايجار واخلاء العين المؤجرة والتسليم .

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة حددت جلسة لنظرة وفيها إلتزمت النيابة رأيها ،

وحيث أن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعى الطاعن بأولها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول أنه كان يتعين على محكمة الإستئناف ان تحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة لتعلق ذلك الدفع بالنظام العام اذ ان المطعون ضده الأول ـ الذى أقام الدعوى ـ أجر العين محل النزاع باعتباره وكيلاً عن والده مالك العقار وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعى غيرمقبول ذلك ان الدفع بانعدام صفة احد الخصوم فى الدعوى ـ وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة ـ غير متعلق بالنظام العام وإذ كان الثابت بالاوراق ان الطاعن لم يسبق له ان تمسك أمام محكمة الموضوع بأنعدام صفة المطعون ضده الأول فان ما يثيره بهذا الدفع يكون سببا جديدا لا يجوز له أثارته أمام هذه المحكمة لأول مرة .

وحيث ان الطاعن ينعى بالسببين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك يقول انه دفع أمام محكمة أول درجة بإنعدام صفة المطعون ضده الأول تأسيساً على أنه اشترى العين المؤجرة بالجدك من أخرى كانت قد اشترتها ايضا بالجدك من مستأجرها الأصلى والمطعون ضده الثانى ورفضت المحكمة الدفع ولم يستأنف حكمها لصدوره فى الموضوع لصالحه ومن ثم كان يتعين على محكمة الاستئناف ان تعرض لهذا الدفع عملا بنص المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات الا انها اغفلت الرد عليه مما يعيب حكمها ويستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعى مردود ذلك ان المقرر ـ فى قضاء هذه المحكمة إنه إذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى على غير أساس من القانون فانه لا يصح النعى على محكمة الموضوع أغفالها الرد عليه متى كان لايحوى دفاعاً جوهرياً يصح ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى . لما كان ذلك وكان الثابت ان الدفع الذى ابداه الطاعن أمام محكمة اول درجة بإنعدام صفة المطعون ضده الأول فى رفع دعوى الفسخ والاخلاء مبناه شراؤه للعين المؤجرة بالجدك من أخرى كانت قد اشترتها أيضا بالجدك من مستاجرها الأصلى وكان يتعين اختصامها فى الدعوة فان مبنى الدفع بهذه المثابة لا يتضمن انكاراً لصفة المطعون ضده الأول كؤجر للعين فى رفع دعوى الاخلاء على مستاجره الاصلى ومن تنازل له الأخير عن العين أو أجرها له من الباطن على خلاف الحظر الوارد بالعقد والقانون ويكون الدفع بانعدام صفة المطعون ضده الاول على غير اساس من القانون وبالتالى فهو دفع غير جوهرى لا يعيب الحكم المطعون فيه الإلتفات عن بحثه ويكون النعى على غير أساس .

وحيث ان الطاعن ينعى بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب وفساد الاستدلال وفى بيان ذلك يقول انه لا يشترط لانسباغ الصفة التجارية على عمل الحرفى استخدامه عمالا أو ألات وأن مباشرة المطعون ضده الثانى لعمله فى العين محل النزاع بالات الكى تجعله تاجرا ومحله محلا تجاريا يجوز له بيعه بالجدك فى حالة الضرورة وقد اضطر لبيع المحل لكساد مهنته ومرضه واذ قضى الحكم المطعون فيه بالاخلاء فانه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النص مرود ذلك أن النعى فى الفقرة الثانية من الماده ٥٩٤ من القانون المدنى على انه " اذا كان الامر خاصاً بايجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستاجر هذا المصنع او المتجر جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع ان تقضى بابقاء الايجار " يدل ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ على ان المشرع أجاز التجاوز عن الشرط المانع واباح للمستاجر التنازل عن الايجار على خلافه متى انشأ المستأجر فى العين المؤجرة متجراً أو مصنعاً بشرط أن تثبيت الصفة التجارية للنشاط الذى كان يزاوله المتنازل وقت اتمام بيع المتجز أو المصنع . مما مفاده أنه يجب لاعتبار المحل تجاريا فى معنى المادة ـ ٥٩٤ سالفة الذكر أن يكون مُستغلا فى نشاط تجارى قوامه الاشتغال بأعمال واغراض تجارية فاذا كان غير ذلك بان انتفت عن نشاط مستغلة الصفة التجارية فلا يجوز بيع هذا المحل بالجدك ومؤدى هذا أنه اذا كان المحل مستغلا فى نشاط حرفى قوامه الاعتماد وبصفة رئيسية على استغلال المواهب الشخصية والخبرات العملية والمهارات الفنية فانه لا يعتبر محلا تجاريا ذلك ان الحرفى الذى يتخذ من العمل اليدوى ـ سواء باشره بنفسه أو بمعاونة الغير ـ أساسا لنشاطه ومصدرا لرزقه لا تكون له صفة التاجر ولا يتسم نشاطه بالصفة التجارية ومن ثم فلا يعتبر المكان الذى يزاوله محلاً تجارياً حتى ان وجدت فيه بعض الأدوات والمهمات والبضائع أو كان له عملاء وبالتالى فلا ينطبق فى

شأنه حكم المادة ـ ٢/٥٩٤ من القانون المدنى . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على ما أورده بمدناته من أن " الثابت من أقوال من استشهد بهما المستأنف عليه الثانى (الطاعن) والتى تطمئن المحكمة اليها ان المستأنف عليه الاول (المطعون ضده الثانى) كان يمارس عمله كحرفى بمفرده فى عين التداعى وبغير آلات تنتج ومن ثم لا يكون قد انشأ متجراً بالمكان المؤجر وبالتالى لا يسرى حكم المادة ٥٩٤ مدنى على البيع الصادر منه الى ألطاف على محمد ولا ينفذ تبعا لذلك التنازل عن الايجار الصادر منه لها فى المستأنف (المطعون ضده الاول) ويسرى هذا الأمر أيضا على البيع الصادر من الطاف على محمد الى المستأنف عليه الثانى (الطاعن) اذ الثابت انها كانت تمارس عملها كحرفه بمفردها ويغير آلات " وهى أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالاوراق وتنطبق على واقع الدعوى فان طعن الطاعن على الحكم بالقصور وفساد الاستدلال لا يعدو أن يكون جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها وهو جائز اثارته أمام هذه المحكمة ويكون النعى على غير أساس .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ١٩٤٥ لسنة ٥١قضائية)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/٣/١٢

المحكمة :

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر طلعت امين صادق والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع ـ على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن ـ تتحصل فى أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ١٦٣٤ لسنة ١٩٨٠ مدنى كلى الفيوم علي الشركة الطاعنة بطلبات ختامية هى الحكم .

أولا : ببطلان لائحة الشركة فيما نصت عليه من عدم إحتساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدة البينية أو الكلية اللازمة للترقية ، ومن عدم استحقاقه للترقية أو العلاوة الدورية اثناء الاجازة

ثانيا : ببطلان اقراره بالتنازل عن حقه فى الترقية والعلاوات الدورية خلال مدة الأجازة .

ثالثا : بأحقيته فى الترقية الى الدرجة الخامسة " الفئة الثالثة أطبقا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ " اعتبارا من ١٩٧٨/١/١ وللعلاوات الدورية المقررة لها مع ما يترتب على ذلك من فروق مالية .

رابعا : بأحقيته للفئة (ب) أعتبارا من ١٩٨٠/١/١ ، وقال بيانا لدعواه إنه من العاملين لدى الطاعنة ، ومنح أجازة بدون مرتب فى الفترة من ١٩٧٦/٤/٣ حتى ١٩٧٨/١٠/١٦ وإذ نصت لائحتها الداخلية على عدم احتساب مدة الاجازة التى تمنح للعامل بدون مرتب ضمن المدة البينية أو الكلية اللازمة للترقية ، وعدم جواز ترقيته أثناء الأجازة ، كما جرى العمل فيها على وجوب اقرار العامل كتابة بتنازله عن العلاوات والترقيات المقررة له طوال مدة الإجازة ، وكان

ما تضمنه الاقرار ونص اللائحة باطلاً لمخالفته أحكام القانون ، ويحق له المطالبة بالترقية الى الفئتين سالفتى الذكر ، ومن ثم فقد أقام الدعوى بالطلبات آنفة البيان ، ندبت المحكمة خبيرا ، وبعد أن قدم تقريره قضت فى ١٩٨١/١٢/٢٩

اولا : بعدم مشروعية لائحة الطاعنة بما تضمنته من عدم احتساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدد اللازمة للترقية واستحقاق العلاوات .

ثانيا : ببطلان اقرار المطعون ضده بتنازله عن حقه فى احتساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدد اللازمة للترقيات والعلاوات . ثالثا : بأحقيته فى الترقية الى الدرجة الخامسة . الثالثة أ " اعتباراً من ١٩٧٨/١/١ .

رابعا : بأحقيتــه فى الترقيــــة الى الفئــة الثانية (ب) اعتبارا من ١٩٨٠/١/١ .

خامسا : بالزام الطاعنة أن تدفع له مبلغ ١٢ جنيها . أستأنفت الطاعنة هذا الحكم أمام محكمة استئناف بنى سويف " مأمورية الفيوم " بالاستئناف رقم ١٠٥ لسنة ١٨ ق ، وبتاريخ ١٩٨٢١٥١٩ ندبت المحكمة خبيرا لاداء المهمة المبينة بمنطوق الحكم ، وبعد أن أودع الخبير تقريره حكمت بتاريخ ١٩٨٤/١/١٠ بتأييد الحكم المستأنف . طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى بنقض الحكم ، ويعرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقوم أن المادة الثامنة من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ ـ والمنطبق على حركة الترقيات الصادرة بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣١ ـ جعلت الترقية الى وظائف المستويين الأول والثانى بالإختيار على أساس الكفاية ، وخولت جهة العمل وضع الضوابط والمعايير اللازمة للترقية ومنها المعيار الذى وضعته ، وهو أن يكون المرشح للترقية قائماً بالعمل فعلاً ، ومقتضى تطبيقه أن المطعون ضده لم يكن مستحقا فى هذه الحركة الترقية الى الفئة الخامسة أعتبارا من ١٩٧٨/١/١ لوجوده فى ذلك الوقــت بأجــازة بدون مرتــــب ، وبالتـــالى لا يستحق الترقية الى الفئة الثانية (ب) أعتبارا من ١٩٨٠/١/١ وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ان النص فى لائحتها الداخلية على عدم جواز ترقية العامل المصرح له بأجازة بدون مرتب يقع باطلا لمخالفته أحكام القانون التى حددت على سبيل الحصر موانع الترقية ، وليس من بينها حصول العامل على أجازة بدون مرتب ، فأنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه لما كانت المادة الثامنة من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ ـ والذى يحكم حركة الترقيات الصادرة بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣١ ـ قد نصت على أنه " لا تجــوز الترقيـــة إلا لوظيفة خالية بالهيــكل التنظيمى للمؤسســـة أو الوحـــدة الاقتصادية وفى الوظيفة الاعلى مباشرة ويشرط أن يكون المرشح للترقية مستوفيا لإشتراطات شغل الوظيفة وتكون الترقية الى وظائف المستوى الأول والثانى بالاختيار على أساس الكفاية ...

ويضع مجلس ـ الإدارة الضوابط والمعايير اللازمة للترقية بحسب ظروف وطبيعة نشاط المؤسسة أو الوحدة الاقتصادية ... " وكان مفاد هذا النص ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشرع جعل الترقية الى وظائف المستويين الاول والثانى بالاختيار على أساس الكفاية ، وخول مجلس ادارة الوحدة الاقتصادية سلطة تقديرية يضع بمقضاها ما يستنه من ضوابط ومعايير للترقية بحسب ظروف الوحدة الاقتصادية التى يديرها وطبيعة نشاطها مادامت غير مجافية للقانون ، وعامة التطبيق ، ويهدف بها الى رعاية الصالح العام ، كما منح جهة العمل وحدها حق اختيار الاصلح من العاملين فيها للترقية الى المستويين الاول والثانى ملتزمة فى ذلك بما تضعه من ضوابط ومعايير ، ولا يحدها فى ذلك الا عيب اساءة إستعمال السلطة اذا خرجت عن هذه الضوابط والمعايير ، أو تنكبت وجـه المصلحة العامـة التى يجب أن تتغياهـا إلى باعث آخـر لا يمت لها بصلة ، لما كان ذلك ، وكان البين من الاوراق أن الطاعنة وضعت معياراً عاماً للترقية بأن نصت فى لائحتها الداخلية على عدم احتساب مدة الاجازة التى تمنح للعامل بدون مرتب ضمن المدة اللازمة للترقية ، وعدم جواز ترقيته اثناء الأجازة ، وأنه ـ إعمالا لهذا الشرط جرى العمل فيها على وجوب اقرار العامل كتابة بتنازله عن الترقيات المقررة خلال مدة الأجازة ، قاصدة بذلك أن تكون المفاضلة بين المرشحين للترقية ـ عند الاختيار على أساس القيام فعلا بالعمل ، وهو مالا يناهض أحكام القانون ، وإنما تتحقق به الخدمات التى تؤديها الوظائف مما تستهدف الترقية كنظام مقرر للمصلحة العامة ، وكان الواقع فى الدعوى أن حركة الترقيات الى الفئة الخامسة قد صدرت بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣١ على أن يعمل بها اعتبارا من ١٩٧٨/١/١ ، وكان المطعون ضده فى ذلك الوقت قائما بأجازة بدون مرتب ، فانه يكون فاقد الحق فى الترقية الى هذه الفئة ، ولا يستحق ترتيبا على ذلك الترقية الى الفئة التى تعلوها " الفئة الثانية ب " اعتبارا من ١٩٨٠/١/١ ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم مشروعية لائحة الطاعنة ، وببطلان اقرار المطعون ضده فيما تضمناه من عدم احتساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدد اللازمة للترقية واستحقاق العلاوات الدورية المترتبة عليها ، وبأحقية المذكور للفئتين سالفتى الذكر ، والزام الطاعنة بفروق الترقية ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن .

وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه ، ولما تقدم ، يتعين القضاء فى موضوع الاستئناف رقم ١٠٥ لسنة ١٨ ق بنى سويف " مأمورية الفيوم " بالغاء الحكم المستأنف وبرفض دعوى المطعون ضده .

(الطعن رقم ٧١٦ لسنة ٥٤ قضائية)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨

المحكمة :

بعد الإطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر حسين محمد حسن عقر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع ـ على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الاوراق ـ تتحصل فى ان الطاعن اقام الدعوى رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٨١ كلى أحوال شخصية الجيزة ضد المطعون عليها للحكم بتسليمه مسكن الزوجية الكائن بالشقة رقم (١) بالعقار رقم (٨) شارع النخيل وقال بيانا لذلك انه تزوج بالمطعون عليها بصحيح العقد الشرعى وأنجب منها على فراش الزوجية الصغيرة " علا المولودة فى ١٩٦٥/٩/١ وبعد أن طلقها استمرت فى شغل مسكن الزوجية لحضانة ابنتها منه واذ حكم بضم الصغيره اليه بعد بلوغها سن الخامسة عشرة ويحقق له ان يعود لسكنه فقد أقام الدعوى . وفى ١٩٨٣/٤/١٠ حكمت المحكمة باسترداد الطاعن لمسكن الزوجيـة . أسـتأنفت المطعون عليها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٥٣ لسنة ١٠٠ ق القاهرة تأسيسا على الغاء الحكم بضم الصغيرة الى الطاعن وبتاريخ ١٩٨٦/٣/٦ حكمت محكمة الاستئناف بالغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى .

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة ابدت فيها الرأى بنقض الحكم وعرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيهـا .

وحيث أن الطعن اقيم على ثلاثة أسباب ينعى الطاعن بالسبب الاول منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى بيان ذلك يقول أنه لما كان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى قرر للمطلقة الحاضنة الحق فى شغل سكن الزوجية المؤجر مدة الحضانة قد حكم بعدم دستوريته ونشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية قبل الفصل نهائيا فى الدعوى فامتنع تطبيقه على واقعتها وكان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ـ لا تسرى أحكامه عليها لان اثره الرجعى لا يمتد الى تاريخ حصـول الطـلاق فان قوانين الأحـوال الشخصية المعمول بها قبل ذلك وأحكام الشريعة الاسـلامية يجـب تطبيقها على الدعـوى وهى لا تجعل للمطلقة الحاضنة الحـق فى الاستقلال بمسكن الزوجية مـدة الحضانة وإذ لم يلتزم الحـكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعواه بإسترداد مسكن الزوجية فانه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه .

وحيث ان هذا النعى غير سديد ذلك انه لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة وأن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الاحوال الشخصية وأخذا بمفهوم المادة السابعة منه يسرى على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى حكم بعدم دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الامر المقضى وكان الحكم المطعون فيه قد طبق على واقعة الدعوى أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فانه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى على غير اسـاس .

وحيث ان الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى بيان ذلك يقول أن من حقه ان يسترد مسكن الزوجية من الحاضنة الإنتهاء مدة حضانتها

لابنتها منه والتى حددها المشرع ببلوغ سن اثنى عشر سنة وان أبقاءها فى يد الحاضنة بعد هذه السن وحتى تتزوج لا أثر له على هذا الحق واذ خالف الحكم هذا النظر ورفض دعواه باسترداد مسكن الزوجية رغم بلوغ ابنته أقصى سن الحضانة فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

وحيث أن هذا النعى سديد ذلك ان النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضاف بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن " على الزوج المطلق ان يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فاذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة ..... فاذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق ان يعود للمسكن ..... " وفى الفقرة الاولى من المادة ٢٠ من الرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ان " ينتهى حق حضانه النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن أثنتى عشرة سنة ، ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة اذا تبين ان مصلحتهما تقضى ذلك " مفادة ان الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحتضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم . وهو مامؤداه أن مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكررا ثالثاً المشار اليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية هى المدة الالزامية لحضانة النساء واذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشر سنة طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ فان حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكرا كان أو انثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن مادام له من قبل ان يحفظ بـه قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازة نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ ـ بعد انتهاء مدة حضانة النساء ـ للقاضى فى أن يأذن بابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر حضانه اذا تبين ان مصلحتها تقتضى ذلك لان هذه المدة لم تورد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتدادا لها وأنما هى مدة استبقاء بعد ان أصبح فى مقدور الاولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء وهى بالنسبه للبنت التى لم تتزوج قد تطول الى ما بعد أن يكون قد بلغت من الرشد كاملة الاهلية وتملكت وحدها القرار فى شئونها ويخضع الاذن بهذه المدة لتقدير القاضى من حيث دواعيها والعائد منها ، فاذا مارخص بها لمن اختارت لنفسها ـ تشارك الاب مهامه الاصيله فى مرحلة حفظ وتربية أولادى متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الاب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بمسكنها ويقع عليها ان تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم ان كان لهم مال أو من مال من تجب عليه نفقتهم وفى القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب

حيـازة مسكن الزوجية بما يعود على الاولاد بالأذى النفسى والإجتماعى وهو ما يتأباه المشرع والشارع .

لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن باسترداد مسكن الزوجية على سند من ان مطلقته المطعون ضدها قد استبقت يدها على بنتها منه بعد أن تجاوزت مدة حضانة النساء وأن من حقها ان تستمر فى شغل ذلك المسكن فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجـة لبحث السـبب الثالـث من اسباب الطعن .

وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت بالاوراق ان - تاريخ ميلاد البنت " علا " هو ١٩٦٥/٩/١ وجاوزت السن المحددة لحضانه النساء فان المطعون ضدها تكون قد فقدت سندها فى شغل مسكن الزوجيه ويحق للطاعن ان يعود له واذ انتهى الحكم المستأنف الى ذلك صحيحا فيتعين تأييده

(الطعن رقم ٨٦ لسنة ٥٦ قضائية)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/٤/٣٠

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار عبد النبى خمخم والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع ـ على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق ـ تتحصل فى أن المطعون ضده عن نفسه وبصفته أقام الدعوى رقم ٦٣٦٩ لسنة ١٩٧٩ أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية على الشركة الطاعنة بطلب الحكم بإثبات العلاقة الايجارية بينها عن الوحدتين الموضحتين بالصحيفة وتمكينه من الانتفاع بها وتسليمها إليه . وقال بيانا لها أنه إستأجر من الطاعنة هاتين الوحدتين لاستعمالهما حظيرتين لإيواء السيـارات (جراجين)وأوفى لها قيمة التأمين والأجرة المستحقة عن المدة من ١٦ سبتمبر حتى نهاية أكتوبر سنة ١٩٧٢ الا أن الطاعنة لم تمكنه من الإنتفاع بالوحدتين محل النزاع ، وقد سبق له أن أقام الدعوى رقم ٣٧٤١ لسنة ١٩٧٢ أقام ذات المحكمة بطلباته السابقة وقضى فيها لصالحه بحكم نهائى إلا أن هذا الحكم نقض فى الطعن رقم ٨٣٣ لسنة ٤٧ قضائية وقضى فى موضوع الاستئناف رقم ٤٦٢٥ لسنة ٩٠ قضائية القاهرة بالغاء الحكم المستأنف إستناداً إلى بطلان إعلان الطاعنة بأصل صحيفة الدعوى . ومن ثم أقام الدعوى الراهنة بطلباته سالفة البيان .

حكمت المحكمة بإثبات العلاقة الايجارية عن الوحدتين محل النزاع بالأجرة المتفق عليها ويتمكين المطعون ضده بفته من الإنتفاع واستلامها ـ إستأنفت الطاعنة هذا الحكم أمام محكمة إستئناف القاهرة برقم ٥٦٧٢ لسنة ٩٧ قضائية . وبتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٠ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف ـ طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة رأت فيها رفض الطعن ، وعرض الطعن على المحكمة فى

غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره ـ وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن الطعن أقيم على أربعة أسباب تنعى الطاعنة بالأول والثالث منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت بالأوراق ، وفى بيان ذلك تقول أن الحكم أقام قضاءه باثبات العلاقة الايجارية على سند من إيصالات سداد تأمين وأجرة الوحدتين محل النزاع الموقع عليها من مدير حسابات الشركة وصرافها والموظف المختص بتحرير هذه الإيصالات رغم أن هؤلاء عاملين لديها ولم تعهد لأى منهم بابرام التصرفات القانونية اذا أنهم ليسوا نائبين أو وكلاء عنها بل هم تابعين لها بسبب علاقة العمل ، فلا يجوز لهم أبرام العقود مع الغير ، وأن رئيس مجلس الادارة هو المثل القانونى لها ، كما أنها تمسكت فى دفاعها بأن الوحدتين محل النزاع تم تأجيرهما للشركة المصرية للسلع الغذائية التى وضعت اليد عليها فتكون لها الأفضلية فى حالة تزاحم المستأجرين ـ وطلبت ندب خبير فى الدعوى لإثبات صحة هذا الدفاع الا أن الحكم المطعون فيه لم يجبها الى طلبها وذهب الى أن العين محل النزاع تختلف عن تلك المؤجرة الي الشركة المذكورة مخالفا بذلك عقد الايجار المقدم فى الدعوى .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كان النص فى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر المنطبق على واقعة الدعوى على أن " يجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات . ويحظر على المؤجر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه وفى حالة المخالفة يقع باطلاً العقد أو العقود اللاحقه للعقد الأول . " يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع قد أجاز للمستأجر أن يثبت واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات سواء كانت الكتابة غير موجودة أصلا أو وجدت ويراد إثبات ما يخالفها أو ايجاوزها وأن نقص الحظر الصريح الوارد فى الفقرة الرابعة من المادة ٢٤ من القانون المذكور يوجب وقوع البطلان على عقود الإيجار اللآحقة للعقد الأول ومن ثم فلا يكون هناك محل فى هذه الحالة الأعمال نص المادة ٥٧٣ من القانون المدنى باجراء المفاضلة بينها لأن مناط هذه المفاضلة أن تكون العقود كلها صحيحة . وكان من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير ما يقدم لها من أدلة والموازنة بينها واستخلاص ما تراه من القرائن مؤديا الى النتيجة التى إنتهت اليها دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائغا . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإثبات العلاقة الايجارية بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده بصفته على ما استخلصه من الايصالات الأربعة المودعة ضمن مستندات الأخير والموقع عليها من مدير الحسابات والصراف والموظف المختص بتحريرها لدى الطاعنة والتى اثبت فى اثنين منها سداد المطعون ضده لقيمة التأمين عن الوحدتين محل النزاع وأثبت فى الايصالين الأخريين قيمة أجرتهما المستحقة عن المدة من ١٩٧٢/٩/١٦ حتى ١٩٧٢/١٠/٣١ وأن مازعمته الطاعنة من تأجيرهاتين الوحدتين

للشركة العامة لتجارة السلع الإستهلاكية قد تم بعد قيام العلاقة الايجارية بينها وبين المطعون ضده وكان ما استخلصه الحكم سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها فلا عليه أن هو التفت عن طلب الطاعنة ندب خبير من الدعوى إذ أن المحكمة غير ملزمة بإجابة مثل هذا الطلب متى وجدت فى أوراق الدعوى ومستنداتها وما يكفى لتكوين عقيدتها ويضحى النعى بهذين السببين على غير أساس وحيث أن الطاعنة تنعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب ، وفى بيان ذلك تقول أنها دفعت بعدم قبول الدعوى لعدم سبقها باعذار عملا بنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى ـ إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفع إستنادا الى أن الدعوى أقيمت بطلب الحكم بإثبات العلاقة الايجارية للوحدتين محل النزاع فلا يشترط أى يسبقها إعذار وأن طلب التمكين والانتفاع بهما وتسليمهما تابعين للطلب الأول ـ فى حين أن هذين الطلبين مستقلين عن طلب اثبات العلاقة الايجارية فيجب أن يسبقهما اعذار لها من المطعون ضده .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كانت الماده ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد أجازت فى فقرتها الثالثة للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الاثبات ولم تلزمه بتوجيه إعذار إلى المؤجر قبل رفع الدعوى للمطالبة بإثبات تلك الواقعة خروجا على القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى التى توجب على الدائن اعذار المدين قبل مطالبته بتنفيذ العقد أو بفسخه ، وكان طلب المطعون ضده تسليمه الوحدتين المؤجرتين اليه وتمكينه من الإنتفاع بهما هما طلبين تابعين لطلبه الأصلى باثبات علاقته الايجارية لهاتين الوحدتين فأنه لا يكون ملزماً باعذار الطاعنة قبل رفع دعواه بهذه الطلبات . واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم سبقها بانذار فان النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

وحيث أن الطاعنة تنعى بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع ومخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه ، وفى بيان ذلك تقول أن محكمة الاستئناف لم تستجب الى طلبها اعادة الدعوى الى المرافعة للتصريح لها بادخال الشركة المصرية للسلع الغذائية خصما فيها باعتبارها مستأجرة للوحدتين محل النزاع وتضع اليد عليهما . هذا الى أن الحكم غفل عما نص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ من عدم جواز تأجير أملاك الدولة الخاصة ومن بينها الوحدات التابعة للشركة الطاعنة بأعتبارها أحدى شركات القطاع العام الا بطريق الممارسة أو المزاد العلنى ورتب البطلان جزاء على مخالفة ذلك وهو بطلان يتعلق بالنظام العام .

وحيث أن هذا النعى فى شقه الأول مردود ، بأن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن اعادة الدعوى الى المرافعة ليس حقا للخصوم بتعين اجابتهم اليه وإنما هو أمر متروك لتقدير قاضى الموضوع . ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة مثلت أمام محكمة الاستئناف وأبدت دفاعها ثم حجزت الدعوى للحكم . فانه لا على المحكمة إن هى قضت فى

الدعوى دون الاستجابة إلى طلب إعادتها إلى المرافعة والنعى فى شقه الثانى غير مقبول ـ ذلك أنه لما كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الوحدتين محل النزاع تعتبران من أملاك الدولة الخاصة ومن ثم لا يجوز تأجيرها الا بطريق الممارسة أو المزاد العلنى على ما تقضى به أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وكان هذا الدفاع دفاعا قانونيا يخالطه واقع يقتضى بحث ملكية العقار الكائنة به الوحدتين سالفتى الذكر ، فأنه لا يقبل من الطاعنة التحدى بهذا الشق من النعى لأول مرة أمام محكمة النقض .

ولماتقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ١٨٣١ لسنة ٥٢ قضائية)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/٦/٢١

المحكمة :

بعد الاطلاع على ألاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر صلاح محمود عويس والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث أن الوقائع ـ على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن ـ تتحصل فى أن الطاعنة عن نفسها وبصفتها وصية على قاصرى المرحوم / محمود مختار توفيق ، أقامت الدعوى رقم ٥١٢٠ لسنة ١٩٨٣ مدنى الإسكندرية الإبتدائية ، ضد المطعون عليها بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المتضمن بيع مورث الطاعنين والمطعون عليها للقاصرين المشمولين بوصايتها الأطيان الزراعية المبينة بصحيفة الدعوى نظير ثمن مقداره ٢٦٩٣ جنيه . وقالت بيانا لذلك أن ذلك المورث باع لولديه القاصرين المذكورين أرضا زراعية مساحتها ١١س ١٥ ط ٢٢ ف مقابل الثمن المشار إليه الذى تبرعت به مالها وقدم البائع للشهر العقارى طلبا برقم ٢١٦ فى ١٩٧٠/٤/٢٩ لإشهار التعاقد وجدده بالطلب رقم ١٩٥ فى ١٩٧٨/٧/٢ غير أنه توفى لرحمة الله تعالى قبل إتمام الشهر وإذ انكرت المطعون عليها التعاقد المشار إليه فقد أقامت الدعوى بطلبها سالف البيان ندبت المحكمة خبيرا فى الدعوى ، وبعد أن قدم تقريره ، حكمت بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٥ برفض الدعوى . أستأنفت الطاعنة هذا الحكم بالإستئناف رقم ١٠٩٨ سنة ٤٢ ق مدنى لدى محكمة إستئناف الإسكندرية التى حكمت بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٩ بتأييد الحكم المستأنف ـ طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن ، وعرض الطعن على هذه الدائرة فى غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها .

وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الفساد فى الإستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق وفى بيان ذلك تقول إن الحكم أقام قضاءه برفض الدعوى على أن طلب شهر البيع وطلب تجديده المقدمين من مورثها ـ البائع ـ إلى الشهر العقارى لا يدلان على حصول التعاقد لخلوهما من بيان الإلتزامات المتبادلة وشروط البيع ، فى حين

أن الطلبين المشار اليهما تضمنا بيانا كافيا عن طرفى العقد والبيع والثمن المتفق عليه ـ هو ما يكفى لإثبات البيع .

وحيث إن هذا النعى سديد . ذلك أنه لما كان إثبات عقد البيع يخضع للقواعد العامة فهو بحسبانه عقدا رضائيا يتم بمجرد أتفاق طرفيه فلا يلزم لإنعقاده إفراغ هذا الإتفاق فى محرر مكتوب أو شكل رسمى ، وكان الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع حتى كان مستوفيا أركان إنعقاده وكان موقعا من الطرفين أو من احدهما الذى يعتبر توقيعه دليلاً على الإيجاب من قبله وأقترنت به واقعة قاطعة الدلالة على قبول الطرف الآخر للبيع قبل أن يسقط الإيجاب ـ وكان البين من مطالعة الصورة الرسمية لطلب شهر البيع المقدم إلى الشهر العقارى وطلب تجديده أن بياناتهما تضمنت أسماء البائع والمشترين والمتبرعة بالثمن ومساحة الأطيان المبيعة وموقعها وحدودها والثمن المتفق عليه وتوقيع مورث الطاعنين بصفته بائعا وبصفته وليا طبيعيا على ولديه المشترين وهى بيانات تتضمن من أركان البيع بما يكفى لإنعقاد العقد بالشروط والإلتزامات التى تنظمها نصوص القانون المدنى المتعلقة بأحكام البيع بإعتبار أنها مكملة لإراده الطرفين طالما أنهما لم يتفقا على ما يخالفها . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وحمل قضاءه على أنبأبه من أن طلب الشهر وطلب التجديد المشار اليهما لا يتضمنان شروط البيع وإلتزامات الطرفين ورتب على ذلك عدم إنعقاد البيع فإنه يكون مشوبا بمخالفة الثابت بالأوراق فضلا عن مخالفة القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن .

(الطعن رقم ١٣٥١ سنة ٥٧ قضائية)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/١١/٢٩

المحكمة :

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر محمد رشاد مبروك والمرافعة وبعد المداولة .

حيث ان الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث ان الوقائع ـ على مايبين من الحكم المطعون فيه وسائر اوراق الطعن تتحصل فى ان الطاعنة اقامت الدعوى رقم ٣٢٢٣ لسنة ١٩٨١ مدنى اسيوط الابتدائية ضد المطعون عليه بطلب الحكم بفسخ عقد الايجار المؤرخ ١٩٦٣/٨/٢٦ واخلاء المحل الذى يستأجره بموجب هذا العقد . وقالت بيانا لذلك أن المطعون عليه لم يف بالاجرة المستحقة عن المدة من ١٩٧٩/١/١ حتى ١٩٨١/٨/٣١ ومقدارها ٦٥٫٦٠٠ جنيه رغم تكليفه بالوفاة فى ١٩٨١/٨/٣١ وهو تكرار فى الإمتناع عن الوفاء بالأجرة ـ اذ سبق ان أقامت عليه الدعوى رقم ١٨٣ لسنة ١٩٧٤ مدنى اسيوط لتأخره عن سداد الأجرة المستحقة عن فترة سابقة وقد توقى الاخلاء بالسداد أمام محكمة الاستئناف فضلاً عن أنه اخل بشروط العقد بتغيير وجه استعمال العين ـ وبتاريخ ١٩٨٣/١١/٢٨

أجابت المحكمة الطاعنة الى طلباتها ـ استأنف المطعون عليه هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٨/٢٧٢ ق لدى محكمة استئناف أسيوط التى حكمت بتاريخ ١٩٨٤/٦/١٢ بالغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى ـ طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة مذكرة ابدت فيها الرأى بنقض الحكم ، وعرض الطعن على هذه الدائرة فى غرفة مشورة فرأت انه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيهـا .

وحيث ان مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول ان الحكم اقام قضاءه بالغاء الحكم المستأنف وعدم قبول الدعوى على أن المطعون عليه اوفى بالاجرة المتأخرة فى ١٩٨١/١٠/٢٨ قبل رفع الدعوى ، فى حين ان هذا الوفاء تم بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه بالوفاء الحاصل فى ١٩٨١/٨/٣١ وهو ما يكفى لتوافر حالة تكرار الامتناع عن الوفاء بالاجرة الموجبة للاخلاء .

وحيث ان هذا النص سديد ، ذلك ولئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المشرع اعتبر تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة المتأخرة شرطا أساسيا لقبول دعوى الاخلاء بسبب التأخير فى الوفاء بالأجرة المنصوص عليها فى صدر الفقرة من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الا ان هذا التكليف بالوفاء غير لازم لقبول دعوى الاخلاء لتكرار امتناع المستأجر أو تأخره فى الوفاء بالاجرة المستحقة ، المنصوص عليها فى عجز الفقرة سالفة البيان والتى لا يغنى من وجوب الحكم بالاخلاء فيها مبادرة المستأجر لسداد الأجرة قبل قفل باب المرافعة الا اذا قدم مبررات مقبولة لهذا التأخير أو الإمتناع ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واستند فى قضائه على ان التكليف بالوفاء شرط قبول دعوى الاخلاء المؤسسة على تكرار الامتناع عن الوفاء بالاجرة ورتب على مجرد الوفاء بالمتأخر منها قول رفع الدعوى سقوط التكليف بالوفاء مما حجبه عن تناول مبررات تأخير الوفاء بالاجرة عن المواعيد المتفق عليها بالعقد فانه يكون قد خالف القانون بمايوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن .

(الطعن رقم ٢٣٧٣ لسنة ٥٤ قضائية)

(٩)

جلسة ١٩٩٠/١/٣

المحكمة :

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر محمد جمال الدين شلقانى نائب رئيس المحكمة والمراقبة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن إستوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث ان الوقائع ـ على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن ـ تتحصل فى ان الطاعن اقام الدعوى رقم ١٥٢٧ سنة ١٩٧٩ مدنى الجيزة الابتدائية ضد المطعون عليه بطلب

الحكم باخلائه من " الڤيللا " المملوكة له والمبينة بالاوراق والتسليم . وقال بيانا لها انه اجر له تلك العين بموجب عقد ايجار مؤرخ ٧٣/٤/١٥ لمدة سنة تنتهى فى ١٩٧٤/٤/١٤ على ان يتجدد لمده أخرى طوال فترة عمله بالخارج واذ تقاعس المطعون عليه عن اخلائها بعد عودته من الخارج وانـذاره بذلك فقد اقـام الدعوى بطلبه سالف البيـــان . ،

وبعد أن أحالت المحكمة الدعوى الى التحقيق حكمت بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢١ باجابته الى طلبه . استأنف المطعون عليه هذا الحكم لدى محكمة استئناف القاهرة بالاستئناف رقم ٦٧٥٠ سنة ٩٩ق فحكمت بتاريخ ١٩٨٤/٣/٢٦ بالغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى .. طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن . وعرض الطعن على هذه الدائرة فى غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظـر وحـددت جلســـة لنظره وفيها التزمـت النيابة رأيها .

وحيث ان الطعن أقيم على أسباب ثلاثة ينعى الطاعن بها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال إذ أقام قضاءه برفض الدعوى على أن ما استحدثه القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من تخويل المالك الذى يؤجر مسكنه ابان مدة اقامته المؤقته بالخارج حق اخلاء العين فى الموعد المحدد لعودته بعد اخطاره بذلك خلال الميعاد المقرر ويسرى بأثر مباشر على وقائع التأخير التى تجد بعد تاريخ العمل به حال أن أحكام هذا القانون تسرى على العقود السابقة عليه لتعلقه بأحكام النظام العام .

وحيـــث ان هذا النعى غير ســديد ـ ذلك أنه لما كان النص فى المادة ٤/٣٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن " ... يكون للمالك اذا اقام خارج الجمهورية بصفة مؤقتة ان يؤجر مسكنه مفروشا أوخاليا وعليه فى هذه الحالة أن يخطر المستأجر لاخلاء العين فى الموعد المحدد لعودته للاقامة بالجمهورية وبشرط ان يمنح المستأجر اجلا مدته ثلاثة أشهر من تاريخ اخطاره ليقوم باخلاء العين وردها الى مالكها وإلا أعتبر شاغلا للعين دون سند قانونى .

وذلك أيا كانت مدة الإيجار المتفق عليها" . يدل ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ على أن المشرع وان استحدث بهذا النص حكماً جديداً رخص بمقتضاه للمالك الحق فى ان يؤجر سكنه خاليا زو مفروض لمدة مؤقتة بفترة اقامته بالخارج يكون له بعدها اخلاء المستأجر منها وفقا لشروط وأوضاع معينة أيا كانت مدة الايجار المتفق عليها وذلك على خلاف الأصل المقرر فى جميع قوانين ايجار الاماكن وهو الإمتداد القانونى لإجاره الأماكن الخالية والذى تنظمه قاعدة آمرة ومتعلقة بالنظام العام باعتباره الركيزة الاساسية التي تكفل حماية المستأجر، الاأن المشرع قد استهدف بهذا الاستثناء الى جانب التيسير على الملاك مراعاة صالح المستأجرين بتوفير المزيد من فرص السكنى أمامهم ولو كانت لمدة مؤقتة مما مؤداه ان يجرى اعمال ذلك الحكم المستحدث فى حدود مجاله

ونطاقه وغايته سالف البيان فلا يسرى الا من تاريخ العمل به ولا يطبق الا على الوقائع التى تنشأ بعد نفاذه أى على التأجير الحاصل بعده عن سكن المالك الذى يقيم بالخارج وذلك لمستأجر يعلم بواقع هذا التأجير حتى يكون على بينة من أمره وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون هذا النعى على غير اساس .

وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ١٥٥٩ لسنة ٥٤ قضائية)

(١٠)

جلسة ١٩٩٠/١/٣١

المحكمة :

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر فؤاد شلبى والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أن الطاعن اقام الدعـــوى رقـــم ٥٧٦٩ ســـنة ١٩٧٩ مـدنى الاسكندرية الابتدائية ضد المطعون عليهم بطلب الحكم باخلائهم من الشقة المبينة بحصيفة الدعوى وتسليمها له . وقال بياناً لها أنه بموجب عقد مؤرخ ١٩٧٠/١٠/١ استأجر منه المطعون عليه الأول الشقة المشار اليها بقصد استعمالها عيادة طبية ، واذ أجرها من الباطن للمطعون عليهما الثانى والثالث دون اذن كتابى بالمخالفة لشروط العقد فقد اقام الدعوى بطلبيه المذكورين ، وبتاريخ ٨١/١١/١٢ أجابت المحكمة الطاعن الى طلبيه . استأنف المطعون عليهم هذا الحكم بالاستئناف رقم ٧٦٨ سنة ٣٧ ق لدى محكمة استئناف الاسكندرية التى حكمت بتاريخ ١٩٨٤/١/١٨ بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى . طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن ، وعرض الطعن على هذه الدائرة فى غرفة مشـــورة فحددت جلســـة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيهـــا .

وحيث ان مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه اذ أقام قضاءه برفض الدعوى على ان المطعون عليه الأول استأجرعين النزاع بغرض السكنى بما يحق معه للمطعون عليهما الثانى والثالث التمسك بامتداد عقد الايجار اليهما طبقاً المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، فى حين أن العين أجرت لغير غرض السكن فلا يسرى عليها حكم المادة ســالفة البيان .

وحيث ان هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان عقد الايجار وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة عقداً رضائيا يخضع فى قيامه وانقضائه لمبدأ سلطان الارادة فيما عدا ما فرضه القانون من أحكام مقيدة لهذا المبدأ فى حدودها ودون مجاوزة لنطاقها ، فهو متى قـام صحيحا يلـزم عاقديه بما يرد الاتفـاق عليه فلا يجـوز نقضـه او تعديله

إلا باتفاق عاقديه وكان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المنطبق على واقعة الدعوى والمقابلة للفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه " مع عدم الاخلال بحكم المادة الخامسة من هذا القانون لاينتهى عقد ايجارالسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين اذا بقى فيها زوجه اوأولاده او والدية الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة او الترك وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الايجار اقامتهم فى السكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو مدة شغله للسكن ايهما اقل .... " يدل على أن المشرع قد حدد المستفيدين من الامتداد القانونى فيما يتعلق بعقود ايجار المساكن دون سواهاه فلا يجوز تطبيق حكمه على ما عقد لغير هذا الغرض بحسب قصد المتعاقدين فيه ، واذ خالف الحكم الطعون فيه هذا النظر واقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ان المطعون عليه استأجر عين النزاع بقصد استعمالها للسكنى على ذلك أحقية المطعون عليهما الثانى والثالث فى الامتداد القانونى لعقد الايجار طبقاً للمادة ١٢١ المشار اليها دون ان يستظهر تلاقى ارادة طرفى العقد على استعمال العين للسكنى على خلاف ما ورد بعقد الايجار من ان العين أجرت لاستعمالها عيادة طبية فانه يكون قد شابه قصور فى التسبيب أدى به الى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن .

(الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٥٤ قضائية)

(١١)

جلسة ١١/ ٦/ ١٩٩٠

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر كمال نافع والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أن المطعون ضدها أقامت الدعاوى أرقام ٨٣٢ سنة ١٩٨١م ، ١٢٢٩ سنة ١٩٨١ ، ١٩١٠ سنة ١٩٨١ ، ٢٢١٤ سنة ١٩٨١ مدنى بنها الإبتدائية طعناً على قرار لجنة تقدير الأجرة الصادر بتاريخ ١٩٨١/٢/٢٢ بتقدير أجرة الوحدات المؤجرة للطاعنين فى عقارها الكائن بقرية أبو زعبل إبتغاء الحكم أصلياً ببطلانه وإحتياطياً بإلغائه ورفع القيمة الإيجارية إلى الحد المناسب للتكاليف الفعلية ، ندبت المحكمة خبيراً فى الدعوى وبعد أن قدم تقريره حكمت فى ١٩٨٤/٥/١١ بإلغاء القرار المطعون فيه وإعتباره كأن لم يكن ، إستأنف الطاعون هذا الحكم بالإستئناف رقم ٤٧٩ سنة ١٧ ق طنطا " مأمورية بنها " وبتاريخ ١٩٨٦/١/٢٠ حكمت المحكمة بتأيد الحكم المستأنف ، طعن الطاعنون فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى بعدم جواز الطعن بالنسبة للطاعنين الأول والثالث والرابع وبنقضه بالنسبة للطاعن الثانى ، وإذ عرض الطعن على هذه

المحكمة فى غرفة مشورة حددت لنظرة جلسة وفيها إلتزمت النيابة رأيها .

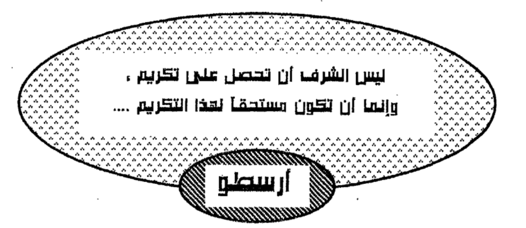
لما كان من المقرر طبقاً للمبادىء الدستورية المتعـارف عليهـا أن أحـكام القوانين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا تجرى إلا على مايقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وكان الأصل أن للقانون الجديد أثراً مباشراً تخضع لسلطاته الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الخاصة إلا فى العقود فتخضع للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطاته المباشرة على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سارية عند العمل به مالم يتجه قصد الشارع صراحة أو دلالة إلى ما يخالف ذلك - كما أنه ولئن كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد أورد أحكاماً موضوعية وأخرى إجرائية لتقدير الأجرة منها ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الماده الخامسة منه متعلقاً بجواز الطعن فى الأحكام الصادرة فيها ، إلا أنه لما كانت تلك القواعد تسرى على الأماكن الخاضعة لحكمه وهى بصريح نص الفقرة الأولى من المادة الأولى التى رخص فى إقامتها بعد العمل بأحكامه فى ١٩٨١/٧/٣١ فإن مؤدى ذلك أن القواعد الموضوعية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة فى قوانين سابقة والقواعد الإجرائية المتعلقة بطرق الطعن فى الأحكام الصادرة فيها والتى إنتظمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا زالت سارية واجبة الإعمال بالنسبة للأماكن التى لا تخضع فى تقدير أجرتها للقواعد الموضوعية والاجرائية الواردة فى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يؤكد ذلك أن المشرع فى المادتين الثانية والثالثة منه بعد أن وضع قواعد تقدير الأجرة وكيفية احتسابها استهداءً بالتقارير السنوية الصادرة عن اللجان المشكلة بقرار من المحافظ المختص أجب فى المادة الرابعة على مالك العقار تحديد الأجرة وفقا للضوابط والمعايير والتقارير والدراسات المشار اليها سلفا فإن أبرم عقد الإيجار قبل إتمام البناء وحددت فيه الأجرة بصفة مبدئية كان على مالك المبنى إخطار المستأجر بالأجرة المحددة للمكان وفقا لأحكام هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إتمام البناء وبشرط ألا تجاوز الأجرة المبدئية إلا بمقدار الخمس ثم أتبع ذلك فى الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه أن المستأجر إذا رأى أن الاجرة التى حددها المالك تزيد على الحدود المنصوص عليها فى المواد السابقة عليها جاز له خلال تسعين يوما من تاريخ التعاقد أو من تاريخ الإخطار أو من تاريخ شغله المكان أن يطلب من لجنة تحديد الأجرة المختصة القيام بتحديد أجرة المكان وفقا للأسس المنصوص عليها فى هذا القانون ، وأضافت فقرتها الثانيه أن " ويكون الطعن على قرارات هذه اللجان أمام المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها المكان المؤجر ، ثم بينت فقرتها الأخيرة أنه لا تسرى على هذه الطعون أحكام المادتين ١٨ ، ٢٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، كل تلك النصوص المتتابعة تنبئ عن أن المشرع كان يعنى بها الأماكن التى رخص فى إقامتها بعد العمل بأحكامه ، مستهدفا فى ذلك - وعلى ما أشار إليه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة

الإسكان والمرافق العامة والتعمير ومكتب لجنة الشئون الدستورية والتشريعية عن مشروع القانون أن يكون تحديد الأجرة أو الثمن من واقع تكاليف معلنة ومعلومة لطرفى العلاقة فى ضوء آراء ذوى الخبرة فى هذا المجال وبالتالى يكون هذا التحديد بعد اتفاق إرادتهما وفى هذا ما يكفل العودة بهذه العلاقات إلى طبيعتها القانونية فضلاً عن التخفيض ما أمكن من أعباء لجان تحديد الأجرة والمحاكم ، أما الأماكن التى لم يرخص فى إقامتها بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فلا تخضع للأحكام الواردة فى هذا القانون الأخير وأنما تحكمها النصوص الأخرى الواردة فى القوانين السابقة عليه كل فى نطاق سريان أحكامه ، ولما كانت القواعد الواردة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن قواعد تحديد الأجرة وطرق الطعن فى الأحكام لا تزال سارية لم يتناولها الإلغاء بنص صريح فى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وكانت دعوى كل من الطاعنين الأول والثالث والرابع أرقام ٨٣٢ سنة ٨١ ، ١٣٢٩ سنة ٨١ ، ١٩١٠ سنة ١٩٨١ بنها الإبتدائيـة رفـعت على التـوالى فى ١٩٨١/٣/٢٦ ، ١٩٨١/٥/٤ ، ١٩٨١/٧/٢٠ أى فى ظل القانون رقم ٤٩ سنة ١٩٧٧ ، كما أن دعوى الطاعن الثانى رقم ٢٢١٤ سنه ١٩٨١ بنها الابتدائية وبأن رفعت فى ١٩٨١/٩/١١ بعد العمل بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قاعدة عامة فى امتداد عقود الإيجار كافة ـ سواء كان المستأجر مصرياً أو غيرى مصرى ـ فيستفيد من حق الامتداد القانونى لعقود الإيجار زوجة المستأجر وأولاده ووالديه المقيمون معه إقامة مستقرة حتى وفاته أو تركه المسكن دون تحديد لمدة الإقامة بالنسبة لهؤلاء واشترط لمن عداهم المدة المحددة فى النص ولم يشترط بالنسبة لمن تمتد إليهم تلك العقود أن يكونوا من المصريين متى توافر فى شأنهم شرط الإقامة المستقرة بالعين مع المستأجر حتى الترك أو الوفاة ، وأنه قد استحدث بالمادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حكماً لا يخل بالقاعدة العامة الوارده بالماده ٢٩ سالفة الإشارة إليها خاصة بعقود التأجير لغير المصريين فنص على انتهائها بانتهاء المدة المحددة لإقامتهم بالبلاد وأجاز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأماكن التى يستأجر غير المصريين فى تاريخ العمل بأحكام هذا القانون إذا ما انتهت إقامتهم بالبلاد إلا إذا كان يقيم مع المستأجر زوجته المصرية أو أولادها منه فيستمر عقد الإيجار لصالحهم مالم يثبت مغادرتهم للبلاد نهائيا ، ومفاد ذلك أن المستأجر غير المصرى إذا ترك المكان المؤجر لزوجته المصرية أو أولادها منه بعد انتهاء المدة المحددة لإقامته بالبلاد فان عقد الايجار وإن انتهى بقوة القانون بالنسبة له إلا أنه يستمر لصالحهم مالم يثبت مغادرة أى منهم البلاد نهائيا حتى لا يتعرضون للطرد من المكان الذى كانوا يقيمون فيه مع المستأجر أما اذا ترك المكان المؤجر لأى من زوجته أو أولاده قبل انتهاء المدة المحددة قانونا لتلك الإقامة فإن عقد الايجار يمتد إليهم سواء كانت الزوجة مصرية أو غير مصرية .

بحكم القاعدة العامة فى امتداد عقد الايجار المنصوص عليها بالمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩

لسنة ١٩٧٧ على ما سلف الاشارة إليه ، فحكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ سنة ١٩٨١ لم يأت مقيداً لأحكام المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن حقوق غير المصريين المقررة بها كالمصريين سواء بسواء ـ ولو شاء المشرع لنص على ذلك صراحة كما فعل فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من ذات القانون والفقرة الأولى من المادة ٤٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ـ إنما قصد به رعاية زوجة المستأجر الأجنبى المصرية وأولادها منه الذين يقيمون فيه معه ، ولم يشأ أن تمتد هذه الرعاية لغير زوجة المستأجر المصرية وأولادها منه فى هذه الحالة ، دون ما انتقاص لحقوقهم المقررة بالمـادة ٢٩ على ما سلف البيان ، لما كان ذلك ، وكان الطاعنان الأول والثانية قد تمسكا أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله أن عقد إيجار عن النزاع يمتد إليهما بحكم الامتداد القانونى لعقد الإيجار بحسبانهما ولدى المستأجر ـ اللذين كانا يقيمان معه حتى تركه العين المؤجره وقبل أن تنتهى إقامته بالبلاد نهائيا فى ١٩٨٥/١/٤ على ما يبين من الشهادة رقم ٩٦٩ بالنسبة ١٩٨٥ الصادرة من مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية المرفقة ملف الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وقضى بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى بانتهاء عقد الإيجار ورفق تدخل الطاعنين الأول والثانية موضوعا تأسيسا على أن عقد الايجار قد انتهى قانوناً بانتهاء مدة إقامة المستأجر غير المصرى بالبلاد فى ١٩٨٥/١/٤ وفقا للمادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وأن الطاعنين الأول والثانية لا يستفيدان من قواعد الامتداد المقررة حيث لم يثبت أنهما ولدا زوجة مصرية ورغم ما هو ثابت من أن ترك المستأجر العين المؤجرة الحاصل فى ١٩٨٤/٣/٢١ (تاريخ مغادرته البلاد) كان سابقاً على انتهاء المدة المحددة لإقامته قانوناً فى البلاد فى ١٩٨٥/١/٤ وبالتالى يستفيدان من حق الامتداد القانونى لعقد الإيجار المقرر بالمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون ما حاجه إلى بحث السبب الثانى للطعن .

(الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٥٦ قضائية)



نقابة المحامين
أمانة الصندوق

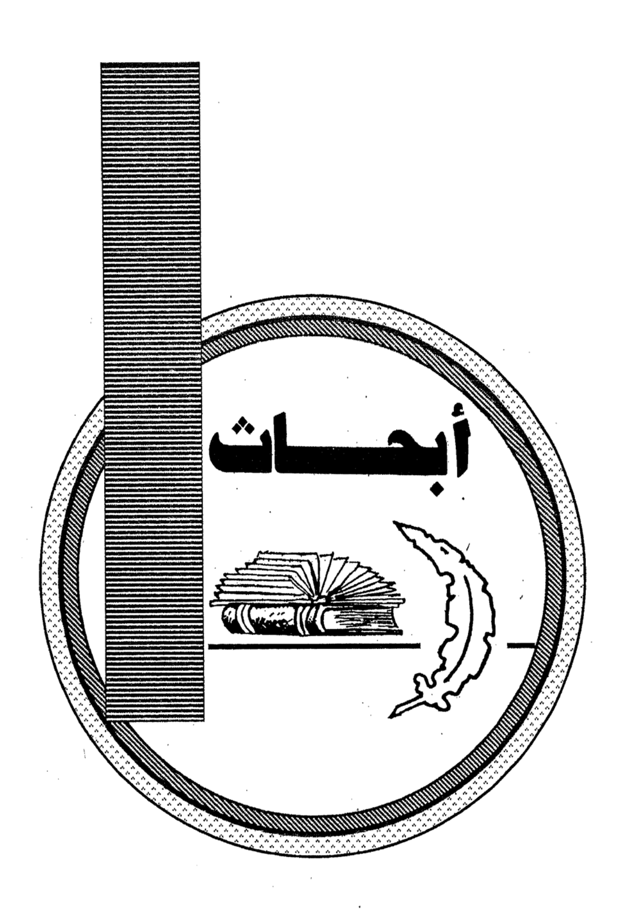
توجه نظر السادة الأساتذة الزملاء المحامين للمبادرة إلى سداد الإشتراك المستحق قبل نهاية مارس الحالى .

والله ولى التوفيق ،،

أمين صندوق نقابة المحامين

أحمد عودة

عضو مجلس نقابة المحامين


أبحاث

دور النيابة العامة فى كفالة حقوق المجنى عليه فى مصر

للسيد الاستاذ
البشرى الشـــوربجى
المحامى العـام

حقـوق المجنى عليـه واهمية حمايتهـا :

١ ـ كثر الاهتمام بحقوق المتهم وطال السهر على حماية هذه الحقوق حتى غدت وكأنها محــور الدعــوى الجنائيــة وغايتها ، وأما حقوق المجنى عليه وضحايا الجريمة بوجه عام ـ فلم تحظ باهتمام مناسب .

ولا بأس فى الاهتمـــام بحقوق المتهـم حتى ينــال محاكمــة عادلــة ، ولكن ، لابد كذلك من الاهتمام بحقوق المجنى عليه ورعايـــة ضحايـــا الجريمة وجبر اضرارهـم تحقيقـــا للعدالة الجنائية بالمعنى الكامل أو بالمعنى الصحيح . اذ لا يكفى لتحقيق نظام العدالة الجنائية ملاحقة الجانى بالعقاب ومنحه ضمانات الدفاع ورعاية حقوق مع اهمال حق المجنى عليه ـ وهو الذى وقعت عليه الجريمة ـ وهو لا يقـل عن المتهم حاجة أو استحقاقا للرعاية والعناية ان لم يكن أولى منه بهما ، تداركاً لاثر الجريمة عليه وازالة ـ أو تخفيفا ـ لاضرارها عنه ، وشفاء لنفسه واقرارا لمعانى العدل بمساندة المنكوب فى حالة محنته دون تشاغل عن أداء واجب هذه المساندة بدعوى ملاحقة المتسبب فى المحنة أو تعقب المسئول عنهــا .

ومع ذلك فان المجنى عليه عنصر هام من عناصر اثبات الجريمة التى وقعت عليه [١] ، وليس من شك فى أن العناية به وتقريبه من مجريات الدعوى الجنائية يفيد فى اثباتها كما ان كفالة حقوقه وحقوق ضحايا الجريمة بوجه عام من شأنها ان تخيب غرض الجانى وتفقده فى الغالب ثمرة الجريمة وهذا كله يفيد فى قمع الجريمة قمعا عاما وخاصا معا : فمتى وجد الجانى أنه محاصر بالعقاب الجنائى الذى تطلبه النيابة العامة ، وبالتعويضات التى يستحقها ضاحايا جريمته وباسترداد عاجل لما سلب من حقوقهم فانه لن يقدم على الجريمة مرة أخرى ولن يقدم غيره فى المجتمع عليها مادام من الظاهر انها لا تحقق كسبا ما ، بالقدر الذى يكون لو أن الجانى تمتع بثمار جريمته وفر دون تعويض ضحاياه .

من هنا تبدو أهمية حماية حقـــوق المجنى عليـــه فـى الرعايــة .

والتعويض : سواء من منطق العدالة الجنائية ، أومنطق النفعيــة الاجتماعيــة وفى آن واحــد .

٢ـ والنيابة العامة وهى تدير شئون الدعوى الجنائية وتختص بمباشرتهـا [٢] وهى شـــعبة مـن السلطة القضائية خول الشارع أعضاءهـــا ســلطة التحقيـــق ومباشرة الدعوى العمومية [٣]

وهى تمثل الهيئة الاجتماعية فى ذلك سواء عند التحقيق أو الاتهام وتحريك الدعوى الجنائية ومتابعة سيرها حتى يصدر فيها حكم نهائى [٤] وهى مع كل ذلك يبدو لنا أنها لاتأبه كثيرا لحقوق المجنى عليه : سواء حقه فى رقابة سير الدعوى الجنائية الناشئة عن الجريمة التى

وقعت عليه أو حقه فى استدراك اثار الجريمة وتعويض ضحاياها . برغم أن قانون الاجراءات الجنائية يقرر للمجنى عليه كثيرا من حقوق الخصم فى الدعوى الجنائية على ما يبين من نصوص كثيرة فيه ، منها نصوص المواد ٧٧ ، ٧٩ ، ٨١ ، ٨٤ ، ١٥٣ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ وهى تقرر للمجنى عليه حقوقا فى حضور جميع اجراءات التحقيق الابتدائى والاطلاع على ما يتم منه فى غيبته واصطحاب وكيل معه فى التحقيق . . وتقديم دفوعه وطلباته اثناء التحقيق وطلب صور من الاوراق وتلقى الاعلان بما يتخذ من أوامر فى التحقيق ، وتوجيه الاسئلة للشهود أثناء نظر الدعوى .

كما ان المادة ٢٤٨ تجيز له رد القضاة عن الحكم .

وأوجب القانون اعلانه رسميا - كباقى الخصوم - بالموعد المحدد للجلسة حتى تباشر جميع اجراءات التحقيق النهائى فى حضوره بشخصه أو بوكيل عنه [٥] .

٣ - وهذه الحقوق مقررة للمجنى عليه بصفته هذه ودون توقف على اتخاذه صفة المدعى المدنى ، ويستحقها ولو لم يتخذ اجراءات الادعاء المدنى ، وقد ورد فى تقرير لجنة الشيوخ عن المادة ٧٧ اجراءات أنه أجيز للمجنى عليه حضور التحقيق بهذه الصفة كنتيجة للمبدأ الذى تقرر وهو تخويل المجنى عليه كل الحقوق المخولة للمدعى بالحقوق المدنية [٦] . إن المجنى عليه - هو " الخصم الحقيقى " فى الدعوى العمومية فهو الذى يقع عليه الاعتداء بطريق مباشر ، كما يقرر الاستاذ الدكتور محمود محمد مصطفى [٧]

٤ - واذا كانت النيابة العامة هى الهيئة القضائية التى تهتم بكفالة تنفيذ القوانين والاحكام القضائية ومعاقبة جرائم القوانين الجنائية واخيرا الدفاع وحماية الاشخاص العاجزين عن حماية انفسهم [٨] فهى بهذه الصفة القضائية ، الموضوعية المجردة يمكن ان تضطلع بدور بارز فى حماية حقوق المجنى عليه وضحايا الجريمة بوجه عام ، وذلك عند مباشرتها للتحقيق وفى تصرفاتها فى الاوراق وادارتها للدعوى الجنائية واشرافها على تنفيذ الاحكام . وخصوصاً أحكام الرد والمصادرة وعند التحفظ على ثمار الجريمة والاموال المتحصلة عنها .

ونتناول فيما يلى بيان عناصر دور النيابة العامة فى مجال كفالة حقوق المجنى عليه : دورها القائم ، وما ينبغى ان يكون عليه .

فانه مما لاشك فيه أن إتقان قيام النيابة العامة بأعمالها فى التحقيق ، وفى التصرف فى الاوراق ، وفى الاشراف على مأمورى الضبط القضائى ، وحسن تقديرها لملاءمات حفظ الدعوى " لعدم الاهمية "

ولأوجه التصرف فى المضبوطات والاشياء المتحصلة من الجرائم والادوات المستعملة فيها أو التحفظ عليها ، وغايتها باعداد أوامر الاحالة وتقارير الاتهام وقوائم أدلة الاثبات بحيث تكون وافية ودقيقة ، ومتابعتها جلسات المحاكمة وتمحيصها لمستندات الدفاع واهتمامها بمراجعة الاحكام وتنفيذها ... كل ذلك لابد أن يكون له عظيم الاثر فى الاحتياط لحقوق المجنى عليه وضمانها والحفاظ عليها ، فضلا عن حقوق الدعوى العمومية .

ويشمل تناولنا للصورة القائمة لدور النيابة العامة فى هذا الصدد ، والصورة الواجبة والمنشودة ، تحديد اصطلاح " المجنى عليه " فى منظور النيابة العامة ، وبيان حالات تمثيل النيابة العامة للمجنى عليه فى الدعوى ، وضرورة التزام النيابة العامة باعلان المجنى عليه بأمور الدعوى الجنائية وما يصدر فيها من قرارات ، وخصوصا أوامر الحفظ ، وبوجه عام : نطاق واجب النيابة فى تدقيق البحث وامعان النظر قبل كل تصرف تتخذه وأخيرا نشير الى تطبيقين هامين للنيابة العامة فى مصر لهما مغزاهما فى كفالة حقوق المجنى عليه فى التعويض هما إدارة التحفظ على الاموال بمكتب النائب العام ، ومكتب تحقيق قضايا التعويضات برئاسة نائب عام مساعد .

تعريف المجنى عليه صاحب الحق فى طلب التعويض ، فى منظور النيابة العامة

٥ ـ قيل فى تعريف المجنى عليه أنه : صاحب الحق الذى يحميه القانون بنص التجريم ووقع الفعل الاجرامى عدوانا مباشرا عليه ، وأن ثمة فارقا بين تعبيرى " المجنى عليه " و" المضرور من الجريمة " ، وأن كانا فى الغالب يتحدان بحيث يكون المجنى عليه هو المضرور ، ورتب صاحب هذا الرأى نتيجة عليه بقوله أنه اذا أختلف المجنى عليه عن المضرور فالادعاء المباشر يكون للمضرور من الجريمة وان لم يكن هو المجنى عليه فيها وفى مقابل ذلك فان المجنى عليه ليس له الادعاء المباشر اذا لم يكن قد أصابه من الجريمة ضرر ، فاذا أصاب الفعل المكون للجريمة شخصا سواه بضرر كان له الادعاء المباشر ، وتطبيقا لذلك فزوجة القتيل وأولاده ، وزوج المرأة التى اعتدى عليها بالقذف أو السب ، ووالد الفتاة التى أغتصبت أو هتك عرضها ، ومستأجر المال المسروق أو صاحب حق الانتفاع عليه ، كل اولئك لهم الادعاء المباشر برغم أن أحدهم ليس المجنى عليه ، ولكن المجنى عليه فى شروع في قتل أو سرقة أو نصب الذى لم يصبه ضرر ليس له الادعاء المباشر [٩] .

بينما يرى آخرون ان الادعاء المباشر يجب الاعتراف به للمجنى عليه ولو لم يكن قد أصابه ضرر من الجريمة [١٠] .

ولا أخال أن جريمة وقعت ، لاتلحق ضررا ـ بدرجة ما ـ بالمجنى عليه أى بمن وقعت عليه ولذا ارى ان المجنى عليه مضرور بالجريمة فى كل حال ، وهو أول ضحايا ها .

٦ ـ ولهــذا نؤيــد الرأى القائل بان المجي عليه هو ـ فضلا عن اراد الجانى الاعتداء على حق من حقوقه . كل من تحققت فيه النتيجة النهائية التى أرادها الفاعــل ولو لــم يكــن يقصــده بفعله ، وان المجنى عليه فى الجريمة يلحقه دائما ضرر منها حتى ولـو وقفـت عنــد حــد الشروع ، فان كل جريمة ولو لم تتحقق نتيجتها تسبب للمجنى عليه فيها ازاعاجا واضطرابا كافيين لتمثيل عنصر الضرر ، وان الشروع البسيط من الممكن أن ينتج عنه أضطراب معنوى ورعب ومساس بالصحة وأضطراب عصبى ولا محل لحرمان المجنى عليه فى هذه الصورة من تعويضه عما لحقه من ضرر بمبلغ من المال [١١] وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى إجازة التعويض المدنى عن حادث اطلاق عيار نارى لم يصب المجنى عليه وذلك لما احدثته الجريمة به من ازعاج وترويع [١٢].

وعرفت محكمة النقض المجنى عليه بأننه هو الذى يقع عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤثر قانونا سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا بمعنى ان يكون هذا الشخص نفسه محلا للحماية القانونية التى يهدف اليها الشارع [١٣] .

٧ ـ ويؤدى لو اتسع تعريف المجنى عليه ليشمل ما ذهب اليه الفقيه الكبير بوزا ومحكمة النقض الفرنسية [١٤]. وهو أنه :

" يقصد بالمجنى عليه فى الجريمة : كل من أضرت به لا المجنى عليه فقط ، أى كل شــخص يلـزم الجــانى قبله بتعــويض الضــرر النــاشئ عنهـا " .

وبعبــارة أخــرى ، فان " ضحايا الجريمة " كلهم مجنى عليهم بالجريمة " ولهذا أرحب بتعريف اعلان الامم المتحدة الصادر ١٩٨٥ بشأن المبادئ الاساســية لتوفيــر العدالــة لضحايــا الجريــة بأنهــم " الاشخاص الذين أصيبوا بضرر فرديا أو جماعيا ، بما فى ذلك الضرر المدنى أو العقــلى أو المعانــاة النفســية أو الخســارة الاقتصادية والحرمــان بدرجــة كبيــرة من التمتــع بحقوقــهم الاساســية عن طريق أفعال أو حالات اهمال تشكل انتهاكا للقوانين الجنائية النافذة .

ويمــكن اعتبــار شــخص ما ضحية بمقتضى هذا الاعلان بصرف النظر عما اذا كان مرتكب الفعل قد عرف أو قبض عليه أو قوضى أو أدين ، وبصــرف النظــر عن العلاقــة الاسرية بينه وبين الضحية ، ويشــمل مصــطلح الضحيــة ايضــا ، حســب الاقتضــاء : العائلة المباشرة للضحية الاصلية أو معاليها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا فى محنتهم أو لمنع الايذاء [١٥] .

٨ ـ أن هذا يتفق وبساطة التفسير اللغوى لعبارة المجنى عليه وهو من جنت عليه الجريمة أى الحقت به ضررا ما .

هذا التوســع فى مصــطلح " المجنى عليه " أو الضحية " هو الذى يكفل عدالة أفضل وأنصافا لكل من أضير بأثرأ وبمناسبة الجريمة ، كما يكفل ملاحقة للجناة أجدى وافعل من

تحديد معنى المجنى عليه أو المضرور على النحو المتقدم فى صدر هذا المبحث .

بـــل أكـــاد أرى أن المتهـــم " البرى " الذى زج به فى اجراءات التحقيق والاتهام والمحاكمة بغير حق ـ نتيجة تضليل العدالة من قبل الجانى أو بقصـور أجهـزة العدالـة الجنائيـة عن معرفـة الجاننى الحقيقى ، ذلك المتهم (البرئ) هو ضحية أخـرى من ضحايا الجريمة بوصفها واقعة اجرامية ـ لحقه الضرر بسببها .

وقـد يظـاهر هـذا النظر ما أجازته المادة ٢٦٧ اجراءات جنائية " للمتهم ـ أن يطلب المدعى المدنى أمام المحكمة الجنائية بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب رفع الدعوى المدنية عليه اذا كان لذلك وجه " [١٦] فكيف لايسوغ للمتهم ـ أذا ثبتت براءته أن يطالب الجانى الحقيقى ـ المتسبب فى الزج به ظلما فى أتهام متعجل ومدبر ـ بمثل ذلك التعويض ؟ ؟ .

ونخلص مما قدمنا الى ان المجنى عليه هو ـ أول ضحايا الجريمة ان أمتدت أضرارها الى غيره وهو أولى لضحايا بالرعاية وينصرف اصطلاع " المجنى عليه " للدلالة على ضحايا الجريمة " بوجه عام " ـ والجريمة بطبيعتها عمل ضار لأنها تتضمن عبثا بالحقوق والقيم والمصالح الفردية والاجتماعية التى يحميها القانون بوسائل عقابية [١٧] .

حالات تمثيل النيابة العامة للمجنى عليه خاصة :

٩ ـ أ ـ تنص المادة

٥ اجراءات ج على أنه اذا كان المجنى عليه فى الجريمة لم يبلغ خمس عشرة سنة كاملة أو كان مصابا بعاهة فى عقله تقدم الشكوى ممن له الولاية عليه ، واذا كانت الجريمة واقعة على المال تقبل الشكوى من الوصى أو القيم وتتبع فى هاتين الحالتين جميع الاحكام المتقدمة الخاصة بالشكوى " ثم تقضى المادة ٦ بانه " اذا تعارضت مصلحة المجنى عليه مع مصلحة من يمثله او لم يكن له من يمثله (من ولى أو وصى أو قيم) تقوم النيابة العامة مقامة " .

ومفهوم هذا الوجوب أنه وان كانت اليابة العامة تمثل الهيئة الاجتماعية كلها فى رفع الدعوى الجنائية ، فانها هنا تمثل ـ المجنى عليه فاقد الاهلية المذكور ـ وتقوم مقامه فى أستعمال حق الشكوى فى الجرائم المعلقة على شكوى (المواد ٣ ـ ٧ أ . ج) وكأنها نائب خاص لـه تستهدف مصلحتـه الشـخصية . وفى حسن قيام النيابة العامة بهذه الولاية الخاصة حماية مقصودة للمجنى عليه وعلى النيابة ان تتحراها وتحرص عليها .

ب ـ وتقضى المادة ٢٥٢ اجراءات بأنه : اذا كان من لحقه ضرر من الجريمة فاقد الاهلية ولم يكـن لـه من يمثله جاز للمحكمة المرفوعـة امامهـا الدعوى الجنائية بناء على طلب النيابة العامة أن تعين له وكيلا ليدعى بالحقوق المدنية نيابة عنه ولا يترتب على ذلك فى أية حـال الزامـه بالمصاريـف القضائية .

وفى هذا النص حماية لحقوق محتملة لفاقد الاهلية ، المضرور من الجريمة ، اذ تقضى مصلحة

اقامة ممثل يتدخل فى الاجراءات الجنائية للادعاء مدنيا وتيسير الاثبات والمحافظة على حقوقه بتضا منه مع النيابة العامة ، واذا عينت المحكمة وكيلا عن القاصر بناء على طلب النيابة العامة تعين عليه رفع الدعوى المدنية التى وكل لرفعها فاذا امتنع جاز للمحكمة اقالته من الوكالة وتعيين غيره لاداء تلك المهمة ، ومن الحالات الداعية الى أهتمام النيابة العامة بتطبيق هذا النص ان يقتل شخص عمدا أو خطأ ويترك طفلا صغيرا بغير عائل فتقوم النيابة محافظة على حقوق هذا الطفل بطلب تعيين وكيل له لمباشرة الدعوى للحصول على الحقوق المدنية ولينفصل فى شأنها مع الدعوى الجنائية فى حكم واحد ويحفظ المال على ذمة الصغير [١٨] .

وفى تقديرنا ان جوازية الحكم الوارد فى النص محل نظر ، ويؤدى لو جعل وجوبيا كحالة المادة ٢٥٣ أ . ج التى توجب على المحكمة تعيين ممثل للمتهم فاقد الاهلية لمواجهة الدعوى المدنية . لأ المضرور من الجريمة اذا كان فاقد الاهلية وليس له من يمثله كان ـ كالمتهم ـ فى حاجته الى من يدافع عن حقوقه الضائعة ـ أن لم يكن أحوج .

وفى القانون الايطالى حكم يجيز للنيابة العامة رفع الدعوى المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية للمطالبة بتعويض المضرور متى كان مصابا بعاهة فى عقله أو قاصرا ولم يكن له من يمثله [١٩] وهو حكم جدير بالتأييد إذ يجعل للنيابة العامة صفة فى رفع الدعوى المدنية لصالح المضرور وليس فى مجرد طلب تعيين وكيل لاقامتها . فالمضرور هو الذى أصابته الجريمة بضررها مباشرة وقبل أن تصيب المجتمع الذى تمثله النيابه العامة .

ج ـ وتنص المادة ٣٦٥ اجراءات جنائية ـ فى حماية المجنى عليهم الصغار الذى لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة ان يؤمر بتسليمه الى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه أو الى معهد خيرى معترف به من وزارة الشئون الاجتماعية حتى يفصل فى الدعوى ويصدر الامر بذلك من قاضى التحقيق سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة أو من القاضى الجزئى بناء على طلب النيابة العامة أو من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى على حسب الاحوال .

واذا وقعت الجناية أو الجنحة على نفس معتوه ، جاز ان يصدر الامر بايداعه مؤقتا فى مصحة أو مستشفى الامراض العقلية أو تسليمه الى شخص مؤتمن على حسب الاحوال .

ضرورة اعلان المجنى عليه بأمور الدعوى الجنائية

١٠ ـ يؤخذ من نصوص المواد ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨١ ، ٨٣ ، ١٥٣ ، ١٥٧ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ ، اجراءات ج ومما سبق أن المجنى عليه هو أحد الخصوم فى الدعوى الجنائية وأن من حقه العلم بما يجرى فيها من اجراءات التحقيق الابتدائى أو النهائى وما يتخذ فيها من تصرفات ، ولما كانت النيابة

العامة هى المختصة بادارة هذه الدعوى حتى صدور حكم نهائى فيها كان لزاما عليهما اعلان الخصوم باجراءاتها ، حتى حين يتولى التحقيق قاضى التحقيق اذ تنص المادة ٨٣ أ . ج على أنه " اذا لم تكن اوامر قاضى التحقيق صدرت فى مواجهة الخصوم تبلغ للنيابة العامة ، وعليها ان تعلنها لهم فى ظرف اربع وعشرين ساعة من تاريخ صدورها " كما توجب المادة ١٥٧ على النيابة العامة عند صدور القرار باحالة الدعوى الى المحكمة الجزئية أن تقوم بارسال جميع الاوراق الى قلم كتاب المحكمة فى ظرف يومين وباعلان الخصوم بالحضور أمام المحكمة فى أقرب جلسة وفى المواعيد المقررة " وقد كفلت المادتان ٢٧١ ، ٢٧٢ حق المجنى عليه فى حضور جلسات المحاكمة وفى مناقشة الشهود ولا يتسنى ذلك" اذا لم يعلن بميعاد الدعوى .

وليس من شك فى ان اغفال واجب إعلان المجنى عليه بأمور الدعوى الجنائية المقامة عن الجريمة التى وقعت عليه ، فيه اجحاف بحقوقه وخطر بالغ عليها لاسيما اذا انتهت الدعوى بالحفظ او بالامر بألا وجه لاقامتها أو نظرت على عجل وفى غيبته فقضى بالبراءة دون احاطة بطلباته أو اقواله أو سماع معلوماته فى مواجهة الشهود . ففات عليه بذلك اظهار الحقيقة وتقديم معونته للمحقق أو للقاضى فى الاثبات ، فضلا عن ضياع حقوقه .

وتقضى المادة ٢٢٣ من التعليمات القضائية للنيابات الصادرة ١٩٨٠ بأنه يجب على المحقق أن يجرى التحقيق فى مواجهة من يريد الحضور من الخصوم وهم المتهم والمجنى عليه والمدعى بالحقوق المدنية والمسئول عنها ووكلاؤهم . . . " كما توجب المادة ٢٢٥ على المحقق اعلان الخصوم باليوم الذى يباشر فيه التحقيق وبمكانه ، وتوجب المادة ٥٢٤ منها على المحقق اخطار المعى بالحق المدنى بذلك أيضا وتوجب المادة ٥٢٦ اعلانه المدعى المدنى بأوامر المحقق التى لم تكن صدرت فى مواجهته وتقرر المادة ٥٢٧ حقه فى الحصول على صورة من الاوراق وتوجب المادة ٥٣١ أخطاره بأمر الحفظ واعلانه بالقرار الصادر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية وفى حالة وفاته يكون الاعلان لورثته جمله فى محل اقامته ليتاح الطعن عليه بالاستئناف طبقا للمادة (١٦٢ أ . ج) .

وجوب اعلان او امر الحفظ

١١ ـ وتوجب المادة ٨٠٩ من التعليمات العامة للنيابات كذلك اعلان امر الحفظ الصادر من النيابة الى المجنى عليه والمدعى بالحقوق المدنية فاذا توفى احدهما اعلن لورثته جملة فى محل اقامته ويكون الاعلان على يد محضر أو بواسطة احد رجال السلطة العامة وتسلم صورة الاعلان لصاحب الشأن ويودع الاصل بعد التوقيع عليه بالاستلام ملف الدعوى .

وتوجب المادة ٦٢ اجراءات مع المادة ٤٤ اجراءات ـ على النيابة العامة اذا أمرت بحفظ الشكوى أن تعلن أمرها بالحفظ الى الشاكى ولو لم يدع بحقوق مدنية ـ فاذا كان قد توفى يتم

الاعلان لورثته جملة فى محل اقامته .

كما تنص المادة ٨١٠ على ان الامر الصادر من النيابة بالحفظ هو اجراء ادارى ، يصدر عنها بوصفها السلطة الادارية التى تهيمن على جمع الاستدلالات وهو لايقيدها ويجوز العدول عنه فى أى وقت بالنظر الى طبيعته الادارية البحته ولا يقبل تظلما أمام القضاء أو استئنافا من جانب المدعى بالحق المدنى أو المجنى عليه ، ولهما الا لتجاء الى طريق الادعاء المباشر فى مواد الجنح والمخالفات اذا توافرت شروطه او التظلم الادارى للجهة الرئاسية [٢٠] وقد قضى بأنالأمر الصادر من النيابة بحفظ الشكوى اداريا ـ الذى لم يسبقه تحقيق قضائى لا يكون ملزما لها بل ان لها حق الرجوع بلا قيد ولا شرط بالنظر الى طبيعته الادارية [٢١] .

١٢ ـ ومن أسف أن النيابات لاتعنى فى الغالب باعلان اوامر الحفظ ، ولا الاوامر بألا وجه لاقامة الدعوى الجنائية الى المجنى عليه ولا الى المدعى المدنى برغم أهمية هذا الاعلان لحماية حقوق المجنى عليهم ولفتح باب الطعن عليها أو التظلم الادارى على الاقل ، الذى قد يسفر عن جديد فى الاثبات وعن عود الى الدعوى وتعديل فى سيرها .

والحق أنه أريد حماية حقوق المجنى عليه فى الاحاطة علما باجراءات الدعوى الجنائية وما تم فيها كان لزاما على النيابات أن تنفذ بدقة ما أوجبته التعليمات السالفة الذكر وخاصة المادة ٨٠٩ منها .

واجب النيابة فى تدقيق البحث :

وامعان النظر قبل التصرف :

١٣ ـ ولعل من ضمانات حقوق المجنى عليهم ألا يتصرف عضو النيابة العامة المختص فى الاوراق والتحقيقات بالحفظ أو بالأمر بالا وجه لاقامة الدعوى قبل استنفاد غاية الطاقة فى تدقيق البحث وامعان النظر فى الواقعة واثبات حاصل ذلك فى تسبيب واف لما يصدره من اوامر ، فهو انما يؤدى وظيفة قضائية تستلزم الاجتهاد فى الفحص والتأنى فى التحقيق وبذل منتهى الوسع فى العمل . . وترشد التعليمات القضائية اعضاء النيابة الى ذلك، ومنها نص المادة ٨٠٣ " اذا تبيان لعضو النيابة بعد جمع الاستدلالات واستجلاء جميع وقائع الدعوى واستكمال كل نقص فيها ان الاستدلالات قبل المتهم " منتفية ، بصفة قاطعة " أو ان " احتمالات الادانة لا تتوافر بنسبة معقولة " تعين عليه اصدار الامر بحفظ الدعوى . . وتوجب المادة ٨٠ ان يشتمل امر الحفظ على بيان الواقعة ومناقشة كل الاستدلالات التى اشتملت عليها الاوراق والاسباب التى يستند عليها عضو النيابة الآمر به وذلك على نحو ينبئ عن انه احاط بالدعوى وبكافة عناصرها عن بصر وبصيرة .

كما حظرت المادة ٨٠٥ ان يتم حفظ الاوراق لعدم كفاية الاستدلالات أو لعدم معرفة الفاعل . . " إلا بعد استنفاد كل

الوسائل لتقوية الاستدلالات أو لمعرفة الفاعل وبعد فوات وقت مناسب " ونصت المادة ٨٦٠ على أنه لايجوز التقرير بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية " قبل استجلاء جميع وقائع الدعوى وتحقيق كل دليل ورد فيها " وأن الامر بعدم وجود وجه يعتبر بمثابة حكم قضائي فيجب ان يكون مكتوبا وصريحا ويجب على عضو النيابة ان يعنى بتسبيبه وان يضمنه بيانا كافيا لوقائع الدعوى فى أسلوب واضح وأن يتناول الأدلة القائمة فيها ويرد عليها فى منطق سائغ وان يتصدى للبحث القانونى بالقدر اللازم فى الدعوى (م ٨٦١ ، ٨٦٧) [٢٢] .

١٤ ـ وعندما تتجه النيابة العامة الى استعمال سياسة الملاءمة فتصدر أمرا بالاوجه لاقمة الدعوى الجنائية لاعتبارات الملائمة ـ أى " لعدم الاهمية " فيحسن بها ألا تصدر مثل هذا الامر الا بعد التحقق من ازالة اثار الجريمة وجبر اضرارها وثبوت الصفح من جانب ضحاياها عن الجانى ، والنيابة حين ترحب بحفظ الدعوى الجنائية لعدم أهمية المحاكمة استجابة لاعتبارات أولى بالرعاية يجب أن يكون أهم هذه الاعتبارات ترضية المجنى عليهم والمضرورين من الجريمة ، فتعلق اصدار أمرها بالحفظ على تحقق هذه الترضية ، ففى جريمة اصدار شيك بدون رصيد ابدى المتهم ـ وهو محام ـ لدى استجوابه استعداده للوفاء بقيمة الشيك او ايداعها خزانة المحكمة على ذمة المجنى عليه ولم تصدر النيابة أمرها بألاوجه لاقامة الدعوى الجنائية الا بعد التحقق من تمام الوفاء ورضاء المجنى عليه ، بينما استبعدت النيابة فكرة الأمر بألاوجه لاقامة الدعوى " لعدم الاهمية " ـ فى جناية إحداث عاهة مستديمة بطفل فى العاشرة من عمره ـ لوت معلمته ساعده الايمن الى الخلف ثم ركلته ودفعته ارضا فكسر الساعد ولحق به تيبس بمفصل الكوع وتذرعت المتهمة بالصلح مع والد المجنى عليه وتحققت النيابة من مضمون هذا الصلح قبل التصرف فأكره الاب مقررا أن تصالحه كان بداية الحادث على توقع ان الاصابة طفيفة ولاتخلف عاهة . . . وهكذا يكون لكل واقعةظروفها فى ميزان الملاءمة حتى يتحقق مايوجه اليه اعلان الامم المتحدة لمبادئ حماية ضحايا الجريمة من أنه ينبغى استعمال الآليات غير الرسمية لحل النزاعات بما فى ذلك الوساطة والتحكيم والوسائل العرفيه لاقامة العدل أو استعمال الممارسات المحلية حسب الاقتضاء لتسهيل استرضاء الضحايا وانصافهم [٢٣] .

١٥ ـ ويجب أن تعنى النيابة العامة باستجلاء حقيقة حصول الصلح كلما دفع به المتهم ، واستقصاء مضمونه ومداه فى إزالة اثار الجريمة وفى استرضاء المجنى عليه ، فكثيرا ما يحدث فى العمل ان تدس فى الاوراق محاضر صلح عرفية مصطنعة فى غيبة المجنى عليه أو لا تتعلق بالواقعة الجنائية موضوع القضية بعينها ، وأحيانا يكون مرجع الصلح اكراه مادى أو عرفى يستهدف المجنى عليه أو ورثته ، كما يقع

(مثلا) اكراه أو استغلال من صاحب عمل على أيتام أو ارملة عامل لديه توفى بخطأ من صاحب العمل فى اثناء اعمال البناء أو من أثر الالات نتيجة عدم مراعاة أساليب الامن الصناعى فى منشأته . . . بل يحدث احيانا ان تقع الجريمة عمداً على صبى صغير (عاهة مستديمة) من قبل صاحب العمل فيكره هذا الاخير والد الصبى على الاقرار بالصلح والتنازل عن الشكوى أو تغيير شهادته لقاء الابقاء على تشغيل الصغير المجنى عليه وصرف أجره . . . ومثل هذه الحالات تستوجب على النيابة العامة يقظة وفطة وتمحيصا لحقيقة الصلح كعقد " رضائى " قبل ان تعمل أثره فى الدعوى ان كان لإعماله محل . وأن تعنى بتحقيق وقائع تزوير محاضر أو اقرارات لصلح فى الدعاوى الجنائية عناية بالغة - لما تتضمنه هذه الوقائع من عدوان على حقوق المجنى عليهم وما تدل عليه من شهوه تضليل العدالة الجنائية بالايهام بالصح واجتناء ثماره بغير حق .

١٦ - وعندما تستقر النيابة العامة على قرار إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة فيتعين أن يكون ذلك بناء على تحقيق واف لكافة الادلة ووصف قانونى دقيق للواقعة لا يغفل شيئا من ظروفها المشددة المؤثرة على العقوبة - وتؤكد وجوب ذلك المادتان ٧٨٥ ، ٧٨٦ من تعليمات النيابة - ويجب ان تعنى النيابة العامة بابراز مدى الضرر فى كل جريمة ، خصوصا جرائم الايذاء والاموال ، إن لم يكن ذلك لصالح المدعى المدنى - وهو حقه - فلبيان درجة جسامة السلوك الاجرامى فيها ومدى خطره تمهيدا لطلب عقوبة مغلظة رادعة ، فلا يستوى مثلا ايذاء بسيط ناشئ فى مشاجرة او مضاربة عابرة مع حادث ضرب قاس أفضى بطفل الى عاهة مستديمة أو الى موت ، أو مع ايذاء مدير أو عدوان مفرط أجمع عليه شقيقان امرهما وذهبا الى محل المجنى عليه وكل منهما يحمل سيفا وانهالا بالسيفين ضربا على ساعده الا يمن فأحدثا به جروحا متعددة بالغة الخطر أخلفت به عاهتين وأفقدته منفعته كلية

١٧ - وكلما اجتهدت النيابة العامة فى تحقيق الدعوى واتقان وصفها القانونى واحاطتها بأدلة الثبوت الكافية كلما حققت هدفها فى الردع وتيسير حماية المضرورين ، وكلما أحسنت فى تقدير الادلة وانتهت الى التصرف الملائم للوقائع الثابتة وأسندت الاتهام الى الجانى وذلك فى وقت مناسب وعناية كاملة كلما حققت عين الهدف .

١٨- ويقدر عناية الدرجات الرئاسية فى جهاز النيابة العامة بدراسة ما يقدم اليها من تظلمات ، بقدر ما تتكشف أخطاء فى الوقت المناسب وتستدرك تصرفات كان من شأنها ان تضيع حقوقا للمجنى عليهم أو للدعوى العمومية على سواء . ويقدر مايبذل من جهد فى اعمال المراجعة والفحص الشهرى للقضايا المحفوظة تنفيذا للنظام المعمول به فى النيابات الكلية ، تعالج أخطاء فى التصرف قد يكون

لها ابلغ الضرر على حقوق المضرورين بالجريمة إن لم تستدرك فى الوقت المناسب [٢٤] .

إن لاجتهاد النيابة العامة ونشـــاطها فى أداء امانـــة الدعوى العمومية اثر كبير فى تقريب العدالة الجنائية من طالبيها .

١٩ ـ وعندما تصدر النيابة العامة أوامر جنائية أو تطلب الى قاضى المحكمة أصدارها يتعين الآ تغفل استيفاء الامر للعقوبات التكميلية " والتضمنيات ، وما يجـب رده " طبقـا للمادة ٣٢٣ اجراءات ج وما بعدهـــا وان تتحـــرى فى مراجعتها للاوامـر الجنائية الصادرة من القاضى رعاية حقوق المدعى المدنى فى التعويضات وما يجب رده ، فتعلن عدم قبولها للامر الجنائى اذا خلا من ذلك .

٢٠ ـ وكلما عرضت اشياء مضبوطة متحصلة من الجريمة ، كان على النيابة ان تبادر دون إبطاء الى رد المضبوطات التى وقعت عليها الجريمة أو المتحصلة منها الى من فقـــد حيازتهـــا بالجريمة ، عملا بالمادتين ١٠٢ ، ١٠٣ اجراءات كالاشياء المسروقة أو المختلسة فضلا عن وجوب الأهتمام بتشجيع العمل على اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الجريمة ـ كالامر بالغـــاء أو تصحيـح المحرر المـزور [٢٥] .

هــــذا وان كـــان مصطلح رد الحقوق كما يريده اعـــلان الامـم المتحـدة لحماية ضحايـا الجريمة ينصـــرف الى المبالغ أو الخدمات التى يقدمها الجانى ســـواء كان شخصا أو هيئة أو أى كيان أخر ، أما الى الضحية المباشرة أو الضحايا غير المباشرين مثـــل الاســـرة أو المجتمـع المحلى [٢٦] .

ويحسن بالنيابة العامة ان تعنى دائما برده مما وقعت عليه الجريمة من أموال المجنى عليه ، باجراء عاجل يمثل ازالة لاثر الجريمة وتخييبا لفاعلها وأن تحرص على التحفظ على كل ما يضبط فى حوزة الجناه من اشياء واموال يرجح ان تكون من ثمار الجريمة وذلك تحوطا لحقوق ضحايا الجريمة على هذه المضبوطات ـ وأن تطلب الى المحاكم مصادرة أدوات الجريمة ووسائل ارتكابها ، شفاء لغليل الضحايـــا ، وحتى يتيســـر ـ تشريعيـــا ـ أيلولـــة حصيلة المصادرة لجبر أضرارهم .

ادارة التحفظ على الاموال

٢١ ـ بمقتضى المادة ٢٠٨ مكررا / أو ما بعدها من قانون الاجراءات الجنائية يجوز للنائب العام اذا قامت من التحقيق دلائل كافيه على جدية الاتهام فى الجرائم التى تقـــع على الامـــوال العامة . . أن يأمـــر ضمانا لتنفيـــذ ما عسى ان يقضى به من الغرامـــة أو رد المبالغ أو قيمة الاشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها بمنع المتهم من التصرف فى امواله أو ادارتها أو غير ذلك من الاجراءات التحفظية كما يجوز له أن يأمر بتلك الاجراءات بالنسبة لاموال زوج المتهم وأولاده القصر ضمانا لما عســى أن يقضـى بـه مما تقدم (من الغرامة والرد والتعويض) ما لم يثبت ان هذه الاموال انما آلت اليهم من غير مال المتهم ، ويجب على النائب العام عند

الامر بالمنع من الادارة ان يعين لادارة الاموال وكيلا يصدر ببيان قواعد أختياره وتحديد وأجباته قرار من وزير العدل . وللنيابة العامة وكذا المدعى بالحقوق المدنية أن تطلب الى المحكمة عند الحكم برد المبالغ أو قيمة الاشياء محل الجرائم المشار اليها أو بتعويض الجهة المجنى عليها فيها .

ـ أن تأمر بتنفيذ الحكم فى أموال زوج المتهم وأولاده القصر ما لم يثبت أنها آلت اليهم من غير مال المتهم (م ٢٠٨ مكررا ج).

وقد صدر قرار وزير العدل رقم ٩٩٤ لسنة ١٩٧٦ فى شأن قواعد أختيار الوكيل فى الادارة وتفيذ المادتين ٢٠٨ مكررا أ ، ٢٠٨ مكررا ب وهو يجعل للنيابة العامة دورا رئيسيا فى جرد الاموال وتسليمها ورقابة الوكيل فى استغلالها ويقوم على أعمال مكتب التحفظ على الاموال والمنع من الادارة فى الوقت الحالى محام عام يعاونه خمسة من رؤساء النيابة وخمسة من الموظفين وادارته تتابعة للنائب العام مباشرة .

التحفظ على اموال شركات تلقى الاموال :

٢٢ ـ وقد ازدادت أعباء هذه الادارة زيادة باهظة بعد أن نص القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ بشأن الشركات العاملة فى تلقى الاموال لاستثمارها فى مادته الخامسة والعشرين على أن تسرى احكام المواد ٢٠٨ مكررا أ ، ٢٠٨ مكررا ب ، ٢٠٨ مكررا ج ، ٢٠٨ مكررا د (المشار الى بعض احكامها آنفا وهى الخاصة بالمنع من الادارة والتحفظ على الاموال).من قانون الاجراءات الجنائية على الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون ومن هذه الجرائم جناية تلقى أموال على خلاف أحكام هذا القانون أو الامتناع عن رد المبالغ المستحقة . .

لاصحابها كلها أو بعضها ، ويعاقب عليها بالسجن وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على مثلي ما تلقاه من أموال أو ما هو مستحق منها ويحكم على الجانى برد الاموال المستحقة على اصحابها " [٢٧] .

وفى هذا الدور الذى ناطه المشرع بالنيابة العامة فى حماية حقوق ضحايا جرائم الأموال العامة وفى جرائم قانون تلقى الاموال لاستثمارها ـ وهو جمهور عريض ـ ما يحفز الى اقتراح تشريعى بتوسعة دور واختصاص النيابة العامة ـ قضائيا ـ ليتضمن المطالبة بحقوق المجنى عليه فضلا عن حقوق المجتمع وذلك فى سائر الجرائم .

بل يفضل أ . د . رمسيس بهنام فيما يوصى به أن يحكم القاضى الجنائى بتعويض المجنى عليه ولو لم يتقدم هذا الاخير اليه بطلب التفويض مثلما يحكم بالرد أو التعويض دون طلب لصالح الدولة حين تكون المجنى عليه المباشر فى بعض الجنايات مثل الاختلاس والاستيلاء [٢٨] .

مكتب تحقيقات قضايا التعويضات :

٢٣ ـ أنشئ هذا المكتب بقرار النائب العام رقم ٢٢٩٥

لسنة ١٩٨٧ مؤلفا من ستة من رؤساء النيابة العامة يعملون تحت أشراف نائب عام مساعد اعتبارا من ١٩٨٧/٧/٣٠ لتحقيق وقائع تزوير واستعمال أوراق قدمت فى قضايا تعويضات عن حوادث جنائية وما يتفرع عن هذه الوقائع أو يرتبط بها من وقائع أخرى وللتصرف فيها ـ وذلك بناء على ما ورد من أدارة المحاكم بوزارة العدل من تلقيها ٥٩٣ شكوى ضد خمسة عشر محاميا نسب اليهم فيها اصطناع أو تزوير اعلامات شرعية بالوراثة أو صور تحقيقات أو توكيلات منسوبة للشهر العقارى وتقديم هذه المحررات فى قضايا التعويضات التى كانت مقامة أو أقيمت لحساب الشاكين ـ ضحايا جرائم أخرى (٢٩) .

٢٤ ـ أن أهتمام النيابة العامة المكثف بهذا الموضوع على هذا النحو ـ فى تقديرى ـ ليس مرجعه الى أن الشكاوى موضوعها تزوير أوراق أميرية وأنها موجهة ضد محامين ، وأنما مرده أن هذا الحادث يمثل عدوانا جماعيا منظما على حقوق ضحايا الجريمة ، باغتيال أو محاولة غصب هذه الحقوق فى ٥٩٣ قضية ، وهكذا يجمل بالنيابة العامة أن تتصدى بمثل هذا القدر من العناية والاهتمام لكل محاولات الاعتداء على حقوق المجنى عليهم خاصة كلما كانت هذه المحاولات مديرة وجماعية .

خاتمة

إن النيابة العامة ـ بحكم وصفها هذا وبحكم وظيفتها واختصاصاتها فى الدعوى العمومية وفى ادارة العدالة الجنائية ـ تستطيع أن تقدم عونا قضائيا وانسانيا كبيرا لضحايا الجريمة ، فكلما باشرت تحقيقا يحسن بها أن تلتزم بما دعت اليه مبادئ أعلان الامم المتحدة لحماية ضحايا الجريمة من تعريف الضحايا بحقوقهم ومعاملتهم برأفة وأحترام لكرامتهم ، وتعريفهم بدورهم وبنطاق الاجراءات وتوقيتها وسيرها والطريقة التى يبت بها فى قضاياهم مع حماية خصوصياتهم وضمان سلامتهم وسلامة الشهود المتقدمين لصالحهم من التخويف والانتقام ، وتجنب التأخير الذى لامبرر له فى انجاز التحقيق وتنفيذ الأوامر والاحكام المتعلقة بحقوقهم وتيسير الانصاف الفورى لأوضاعهم . . وقد أشرنا فيما تقدم الى تطبيقات عملية للنيابة العامة فى مصر فى هذا السبيل منها مكتب التعويضات وادارة التحفظ على الاموال . . والمأمول فى اعضاء النيابة موالاة بذل الجهد الصادق لرعاية ضعف المجنى عليهم وحقوق ضحايا الجريمة بوجه عام بالحرص على تحقق تمثيلهم فى الدعوى اثناء التحقيق وأخطارهم باجراءاتها ورد ما يستحق لهم من مضبوطات على وجه عاجل وتصحيح ما يقع فى حقهم من أخطاء قضائية . . الخ وذلك كله تسليما بأن كفالة حقوق المجنى عليه وضحايا الجريمة هى جانب لا يتجزأ من العدالة الجنائية فضلا عن أثر هذه الكفالة فى تحقيق رسالة النيابة العامة وهدف الدعوى العمومية من منع الجريمة بازالة أثارها ورد كيد فاعلها فى نحره .

وليجد ضحايا الجريمة فى

دور النيابة العامة ملجأ وملاذا وليسعهم من وجوه اعضائها ـ وهم قضاة ـ بسط الوجه ورحابة الصدر وحسن الفهم لمحنتهم واسداء النصح اليهم . . وكل ذلك الدور لا يقتضى من رجال النيابة غير الايمان الدءوب بأن رسالة النيابة العامة ـ تشمل فيما تشمله ـ الدفاع عن حقوق الضعفاء والمكروبين ومنهم ضحايا الجريمة ـ وهم أفراد من المجتمع الذى تحمل النيابة العامة أمانة تمثيله والحفاظ على معانى العدالة فيه .

وفى الختام فقد يقتضى الامر ـ لضمان استمرار دور فعال للنيابة العامة فى حماية ضحايا الجريمة ـ تعيين نائب عام مساعد يفرغ بادارة مختصة ـ لمراقبة الاجراءات القانونية الخاصة بسير الدعاوى الجنائية ووضع المجنى عليهم فيها فيتدخل كلما اقتضى الامر ذلك لتصحيح مسار الدعو حفظا لحقوق جميع الخصوم وتأمينا لوصول كل ذى حق لحقه ، [٣٠] . ولعل بادرة مكتب تحقيق قضايا التعويضات التى سلف ذكرها تشجع على ذلك باناطة هذا الاختصاص بهذا المكتب .

والله الموفق الى اقوم سبيل

هوامش حقوق المجنى عليه واهمية حمايتها

١ – أ. د. رمسيس بهنام : علم النفس القضائى ، منشأة المعارف ١٩٧٩ ص ١٣٩ .

٢ – المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصرى والمادة ٢١ من قانون السلطة القضائية فى مصر (رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢) د. نجيب بكير دور النيابة العامة فى قانون المرافعات ، رسالة ١٩٧٣ ص ٥٠٥ ، ٥١٧ .

٣ – نقض جنائى ٩ يناير ١٩٦١ مجموعة السنة ١٢ ث ٧ ص ٥٨ ، د. محمد عيد الغريب : المركز القضائى للنيابة العامة ، رسالة ، دار الفكر العربى ١٩٧٩ ، ص ٤٩٩ .

٤ – د. محمد سمير عبد الفتاح : النيابة العامة ، رسالة ، منشأة المعادى ١٩٨٦ ص ٦٤ .

٥ – أ. د. مأمون سلامة : الإجراءات الجنائية معلقاً عليها ، دار الفكر العربى ١٩٨٠ ص ٧٣٨ .

٦ – تقرير لجنة الشيوخ مشار إليه في : أ. د. أحمد إبراهيم : قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه – دار المعارف ١٩٦٥ ، ص ١٢٨ .

٧ – أ.د. محمود محمود مصطفى : تقرير عن حقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائيـة ، فى المؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانـون الجنائى بالإسكندرية - إبريل ١٩٨٨ ، ص٢ .

٨ – رسالة الدكتور محمد عيد الغريب، المشار إليها ص ٨ هامش ٦ أ. د. بهنام ، المرجع المشار إليه ص ٢١ .

٩ – أ. د. محمود نجيب حسنى : شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٨ – دار النهضة العربية ص ١٢١ ، ١٦٨ .

١٠ – أ. على زكى العرابى جـ١ ص١١٠ ، أ. د. فوزية عبد الستار : الإدعاء المباشر ص٢٦٢ مشار إليهما فى المرجع السابق ص ١٦٩ هامش ٣ .

١١ – أ. د. حسن المرصفاوى : الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية – دار المعارف ١٩٦٤ ، ص١٩ – ٢٢ وأشار إلى رأى جارو وبيوتفان وستيفانى أيضاً .

١٢ – نقض ٧ مايـو ١٩٥٢ مجموعة السنة ٣ ق ٣١٢ « فى المراجـع السـابق ص ٢٢ » .

١٣ – نقض ٢ فبراير ١٩٦٠ السنة ١١ ص ١٤٢ ، د. أحمد إبراهيم ص ١٢٨ .

١٤ – بوزا Traité théorique et pratique de droit péna ص ٥٩٨ ونقض فرنسى ٢٨ يناير ١٩٥٤ بلقان ١٩٥٤ ق ٤١ « أشار إليهما أ. د. المرصفاوى فى الدعوى المدنية ... ص٢٢ » .

١٥ – مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة – ميلانو – أغسطس – سبتمبر ١٩٨٥ تقرير الأمانة العامة بنيويورك ١٩٨٦ ص ٦٥ .

١٦ – كأن يكون قد رفعها بغير ترو ولا تبصر ، أو بسوء قصد فيتعرض فى هذه الحالة لعقوبة البلاغ الكاذب فضلاً عن التعويض : راجع الدكتور أدوار غالى الدهبى : أختصاص القضاء الجنائى بالفصل فى الدعوى المدنية ، دار النهضة ١٩٨٣ ص ١٠٢ – ١٠٦ ، المرجع السابق أ. د. نجيب حسنى ص ١٨٤ .

١٧ – أ. د. محمد محى الدين عوض : فى تقرير للندوة الدولية لضحايا الجريمة بأكاديمية الشرطة ١٩٨٩ ص ٢ .

١٨ - أ. د. المرصفاوى ص ٤٧ ، ٩٠ وأشار إلى ما تقضى به المادة ٩٦٩ مرافعات من أن تنوى النيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية والغائبين ، والمتحفظ على أموالهم والأشراف على إداراتها .

١٩ - المرجع السابق ص ٤٦ وإشار إلى دى فابر (فى المقارن طبعة ١٩٤٧) ص ٦٣١ .

٢٠ - التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول ، التعليمات القضائية . القسم الأول فى المسائل الجنائية - ١٩٨٠ .

٢١ - نقض ٣ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة السنة ١٣ ص ٨١٥ .

٢٢ - طبعة التعليمات القضائية الصادرة فى ١٩٨٠ المشار إليها .

٢٣ - الفقرة السابعة من الإعلان الدعوى ١٩٨٥ المشار إليه .

٢٤ أنظر نظام الفحص اللاحق أ. د. محمود سمير « النيابة العامة » ص ٢٣٨ .

٢٥ - د. أدوار غالى . المرجع السابق ص ٧٤ - ٨٢ .

٢٦ - د. محمد عبد العزيز : حقوق الإنسان ومعايير الأمم المتحدة فى العدالة الجنائية - من المال ندوة سرقوسة - ديسمبر ١٩٨٨ ص ٩ ، وراجع الفقرات ٨-١١ من الإعلان الدولى المشار إليه .

٢٧ - الجريدة الرسمية ١٩٨٨/٦/٩ العدد ٢٣ تابع «ب» .

٢٨ - تقرير عن مشكلة تعويض المجنى عليه مقدم إلى ندوة ضحايا الجريمة بأكاديمية الشرطة ١٩٨٩ ص ٤ .

٢٩ - تراجع مذكرة السيد النائب العام المساعد لشئون المكتب الفنى للنائب العام - مؤرخة ١٩٨٧/٧/٢٨ .

٣٠ - قريب من هذا الإمتزاج الأستاذ الدكتور مصطفى العوجى فى بحثه (الصفحية ذلك المنسى) ص ٣٣ « من أعمال ندوة حقوق الإنسان فى سيراكوزا - يونيو ١٩٨٨ » .

أبعاد جديدة لنظام شبه الحرية

للسيد الدكتور
محمد أبو الفتح الغنام

مقدمـــــة : ـ

نظام شبة الحرية Semili-berta هو احد بدائل العقوبة السالبة للحرية ، ولقد شهد هذا النظام ـ وبصفة خاصة فى التشريع الايطالى ـ تطويرات جوهرية أضفت عليه أبعادا جديدة وأسندت اليه دورا ووظيفة أكثر فاعليه وأبعد مدى ، وهو ما غير كثيراً من المفهوم والشكل التقليدى لهذا النظام .

فنظام شبه الحريه ـ فى ظل المفهوم الجديد ـ أصبح موجها للتطبيق على جميع أنواع العقوبات السالبه للحرية ـ أيا كانت مدتها ـ بل وعلى عقوبه السحن مدى الحياة نفسها ، كذلك فقد أصبح النظام قابلا للسريان على جميع أنواع الجرائم ، وهذا بعد ان تم تجاوز ذلك المفهوم الذى كان يحظر أستفادة مرتكبى بعض الجرائم الخطيرة من النظام .

وفى تحليلنا لنظام شبه الحرية فاننا سوف نتناوله ـ بصفه خاصة ـ من خلال وضع وأحكام هذا النظام فى التشريع الايطالى ، الا أن ملامح النظام كما رسمها التشريع الايطالى لن تشكل موضوع التحليل بقدر ما ستكون أداة له ، بمعنى أننا لن نقف عند شرح أو أيضاح معالم نظام شبه الحرية فى التشريع الايطالى ولكننا ـ وبالاحرى ـ سوف نعمد الى بيان الملامح والابعاد الجديدة التى أتخذها النظام مستهدين فى ذلك بالتطويرات التى شهدها فى ظل التشريع الايطالى , وسنتناول هذا الموضوع فى مباحـث أربعــة على النــحو التالى : ـ

ـ **المبحث الاول** : تعريف نظام شبه الحريه .

ـ **المبحث الثانى** : نظام شبه الحرية والعقوبات السالبه للحريه طويله المدة .

ـ **المبحث الثالث** : نظام شبه الحرية والعقوبات السالبه للحرية قصيرة المدة .

ـ **المبحث الرابع** : نظام شبه الحرية والعقوبات السالبه للحرية متوسطة المدة .

المبحث الاول : تعريف نظام شبه الحرية : ـ

نظام " شبه الحرية ".Semili-berta " هو أحد بدائل العقوبة السالبة للحرية ، ويتمثل فى تحديد جزئى للحرية فى أحدى المؤسسات العقابية مع تعاقب فترات الحرمان من الحرية وفترات الحرية خلال اليوم الواحد ، حيث يسمح للمحكوم عليه ـ المستفيد من النظام ـ بالخروج من المؤسسه العقابيه

والعودة اليها يوميا وذلك لتمكينه من العمل أو الدراسة أو مباشرة أى نشاط أخر يسهم أيجابيا فى تحقيق هدف أعادة أدماجه فى المجتمع [1] .

ويقتضى حسن أعمال نظام شبه الحرية عدم أختلاط المحكوم عليهم المستفيدين من النظام - والذين يتاح لهم بالتالى الخروج والعودة من والى المؤسسة العقابية يوميا - بالمحكوم عليهم الاخرين غير المستفيدين من النظام ، لذلك تحرص التشريعات العقابية - التى تأخذ بنظام شبه الحرية - على أن تنص صراحة على أيداع المحكوم عليهم المستفيدين من النظام فى مؤسسات عقابية وأقسام خاصة ، بل يذهب التشريع الايطالى الى أن الاقسام المخصصة لاقامة المستفيدين من النظام يمكن أن تكون فى الابنيه المخصصه للسكن العادى وعليه فليس هناك ما يحول دون أن تقيم مجموعات محدودة من المستفيدين من النظام فى وحدات سكنيه بايه بنايه مخصصة للسكن العادى ، وأن يعهد بالرقابة على التزامهم بالمواعيد المحددة للعودة الى المسكن وعلى اثناء تواجدهم به الى أحد موظفى الادارة العقابية . كذلك يرخص للمستفيدين من النظام باتداء ملابسهم العادية ، ويلتزم المحكوم عليه المستفيد من النظام باحترام المواعيد المحدده للعودة الى المؤسسة العقابية ، وبأن يكون سلوكه متفقا ومتمشياً مع الهدف من النظام الذى يتمثل فى أعادة أدماجة فى المجتمع . وأعمالا لهذا المفهوم يقرر التشريع الايطالى الغاء المحكوم عليه من نظام شبه الحرية اذ اتى سلوكا يدل على أنه غير أهل لتلك المعاملة العقابية أو اذا تأخر - دون عذر مقبول - عن ميعاد عودته [2] .

وأخيرا نود أن نشير الى أن نظام شبه الحريه - يساهم في تحقيق " استراتيجية التفريد " [3] وهى استراتيجية - من جانب - لم تعد فى ظلها العقوبه السالبة للحرية تشكل الاداة الجنائية الوحيدة لمكافحة الجريمة ، وأصبح - من جانب آخر - بفضلها التنفيذ العقابى أكثر مرونة بما يسمح باختلاف المعاملة العقابية بحسب أختلاف الحاجات والظروف الفردية للمحكوم عليه حتى ولو اقتضى الامر اللجوء الي أدوات تتيح اشكالا متعددة من أنفتاح مجتمع السجن .

المبحث الثانى : نظام شبه الحرية والعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة : -

(الغاء الحظر المفروض على أستفادة مرتكبى بعض الجرائم الخطيره والمحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة النظام - دور النظام كاداة للمعاملة العقابية التدريجيه) : -

١) نظام شبه الحرية كنظام قابل للتطبيق على جميع أنواع *الجرائم* : -

نظام شبه الحرية فى صورته الجديدة كنظام قابل للتطبيق

على جميع أنواع الجرائم وعلى كل العقوبات السالبة للحريه هو نظام حديث جدا ، حيث لم يعرفة التشريع الايطالى الا عام ١٩٨٦ . فقبل التعديل التشريعى الذى أدخلة المشرع الايطالى على قانون السجون بالقانون رقم ٦٦٣ لسنة ٨٦ كان المشروع يحظر تطبيق نظام شبه الحرية على المحكوم عليهم فى بعض الجنايات الخطيرة ـ مثل احتجاز شخص بقصد الابتزاز والسرقه بالاكراه وتكوين أو الاشتراك فى جمعيات المافيا وغيرها ـ ، ونظرا لان مرتكبى مثل تلك الجنايات الخطيرة يحكم عليهم عادة بعقوبات سالبه للحرية طويلة المدة ، فان الحظر الذى كان مفروضا فى هذا الخصوص كان يضيق بصورة ملحوظة من مجال تطبيق نظام شبه الحرية بالنسبة للعقوبات السالبه للحرية طويلة المدة ومن وجهة نظرنا فان تحديد مجموعة معينة من الجرائم وحظر تطبيق نظام شبه الحرية بصددها هو أمر لها يخلو من النتقد ، فاذا كنا نتفهم ـ ولكن لا نقبل ـ وجهة النظر التى ترى فى حظر تطبيق نظام شبه الحرية بصدد مجموعة من الجرائم الخطيرة نوعا من أنواع التوفيق وتحقيق التوازن بين اعتبارات الردع العام ودواعى اعادة التاهيل الاجتماعى للمذنب ـ وفى هذا الخصوص لا نستطيع أن ننكر أن المشرع يملك سلطة تقديرية واسعه فيما يتعلق بتحديد الجزاء المناسب لكل نوع من أنواع الجرائم وذلك على أساس تقديره لمقتضيات وحاجات الردع وللتناسب بين القيمة التى اخلتْ بها الجريمة وبين رد النظام القانونى عليها ـ الا أنه وفى ظل التوفيق وتحقيق التوازن بين أعتبارات ودواعى الردع العام من جانب ومقتضيات الردع الخاص واصلاح الجانى من جانب أخر ، فاننا نود أن نشير الى أن أعتبارات الردع العام انما تعمل اساسا على مستويين :

المستوى الأول ـ وفيما يتعلق بحاجات ومقتضيات الردع العام بالنسبة لانواع معينة من الجرائم ، فانها تعمل على مستوى التهديد بالعقوبة محددة بذلك أختيار المشرع ومقدار العقوبة .

وبالنسبة للمستوى الثانى ـ وفيما يتعلق بمقتضيات تماسك وتناسق نظام التجريم ككل ـ فانها تعمل على مستوى التفريد التشريعى لحدود وشروط تطبيق وأعمال نظم الردع الخاص وأصلاح الجانى المختلفة والتى تؤدى دورها أثناء مرحلة التنفيذ العقابى .الا أنه متى تم تحديد وتنظيم حدود وشروط أعمال كل نظام من نظم الردع الخاص وأصلاح الجناة ـ وهو التحديد والتنظيم الذى يجب بطبيعة الحال أن يتم على نحو مستقبل ودون أن يتغير مضمونة باختلاف نوع الجريمة ـ فأنة لن يكون هناك مجال فى مرحلة التنفيذ العقابى لاعتبارات الردع العام بصدد نوع معين من الجرائم ، لان تنظيم وأعمال الخطوط العامة لنظم الردع الخاص والتأهيل

الاجتماعى للجانى فى مرحلة التنفيذ العقابى يجب الا تتسم بالحساسية تجاه حاجات ومقتضيات الردع العام. خلاصة القول : يبدو من غير المنطقى ـ بالطبع بخلاف الحدود والشروط المقررة بصفة عامة ـ القول باختلاف تنظيم أدوات ونظم التنفيذ العقابى بالنسبة لكل نوع من أنواع الجرائم ، لان المجال الطبيعى لمثل هذا الاختلاف ولمثل هذه الملائمة بين الإنتهاك القانونى والجزاء المترتب عليه أنما يجب أن يكون فى مرحلة التهديد بالعقوبة المحددة بالقانون ، وعلية فانه يمكننا القول بأن أنظمة الردع الخاص وأصلاح الجانى والتى تعمل فى مرحلة التنفيذ العقابى أنما تمثل استجابة وأنعكاسا طبيعيا لنظام وتنظيم عام يتم تحديده على أساس ما تحتاجة تلك النظم حتى تتمكن من أداه وظيفتها ودون أخلال فى نفس الوقت بتماسك وأنسجام نظام التجريم فى مجموعة .

اذا طبقنا المفهوم السابق على نظام شبه الحرية ـ وبصفة خاصة بصدد العقوبات السالبه للحرية طويلة المدة ـ فان فرض قيود موضوعية على النظام متمثلة فى حظر أعماله بصدد جرائم معينة ـ وهو ما يعنى عدم سريانة على جانب كبير من المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية طويلة المدة ـ أنما يتسم بعدم المنطقية ، لانه عندما يتعلق الامر بنظم عقابية تستهدف أصلاح الجانى وأعادة تأهيله أجتماعيا ، وموجهة لان تطبق وتؤدى دورها بعد مدة طويلة من النطق بحكم الادانة [٤] ، ويقتصر دورها على مجرد تخفيف حالة الحرمان الكامل من الحرية ، فأن علاقة تلك النظم ـ فى اللحظة التى يتم فيها تطبيقها ـ بالجريمة المرتكبة تبدو عادة ضعيفة جدا سواء على الصعيد النفسى لمرتكب الجريمة أو على صعيد الشعور العام للجماعة ازاء الرد الجنائى المقرر فى مواجهة نوع معين من أنواع الجرائم .

لذلك فان القلق أو التخوف من أن يلحق تطبيق نظم مثل نظام شبه الحرية أضرارا بدواعى ومقتضيات الردع العام ، والذى كان البعض يرى مواجهته من خلال فرص قيود موضوعية على تطبيق النظام تتمثل فى حظر أعماله بصدد فبعض الجرائم الخطيرة ، إما هو تخوف وقلق ليس له ما يبرره .

وموقفنا القائم على رفض حظر أعمال نظام شبه الحرية بصدد جرائم معينة كان يمكن أن يكون مختلفاً لو كان تقرير مثل هذا الحظر يرتبط بخطورة الجانى المستمدة منطقياً من نوعية الجريمة ، لأنه فى تلك الحالة سيكون الحظر المفروض ـ على الأقل من الناحية النظرية ـ متفقاً مع وظيفة ودور النظام العقابى الإصلاحى الهادف إلى أعادة التأهيل الإجتماعى ، بأعتبار أنه من الضرورى أن تكون التدابير التى تمنح بمقتضاها الحرية أو شبه الحرية مؤسسة فى شق منها على عدم خطورة الجانى .

ولكن الأمر غير ذلك تماماً ،

فخطر منح نظام شبه الحرية بصدد جرائم معينة وتبرير ذلك بإرجاعه إلى ما يعكسه أرتكاب مثل تلك الجرائم من خطورة مرتكبها هو قول مردود بأنه :

أ ـ لا يمكن أن يتضمن نوع الجريمة فى حد ذاته قرينة مطلقة على عدم قابلية مرتكبها بأى صورة للإصلاح حتى ولو إتسمت الجريمة بقدر كبير من الجسامة . (٥)

ب ـ إن تحديد مجموعة معينة من الجرائم وإفتراض إنها تدل على أن مرتكبها يتميز بخطورة إجرامية مميزة لابد وأن يتسم بالتعسف وعدم الدقة ، بالنظر إلى أنه لا يمكن إيجاد معيار دقيق لاختيار وتحديد كل الجرائم التى تدل على الخطورة الإجرامية لمرتكبها وعليه فلابد وأن تختلف بعض الجرائم ، وهو ما يؤدى فى النهاية إلى إيجاد نوع من عدم المساواة فى المعاملة بين مرتكبى الجرائم الخطيرة بعضهم البعض .

٢ - نظام شبه الحرية وعقوبة السجن مدى الحياة :

أصبح نظام شبه الحرية قابلاً للتطبيق أيضاً على المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة وذلك بشرط أن يقضوا بالسجن فترة معينة - حددهـــا المشرع الإيطالى بعشرين سنة على الأقــل .

والواقع أن مد نظام شبه الحرية ليشمل أيضاً المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة هو تطوير يستحق أن نتوقف عنده قليلاً وذلك لأنه فى ضوء الطبيعة الخاصة والجسامة الشديدة التى تتسم بها تلك العقوبة والشروط والأعتبارات التى تراعى عند توقيعها فإنه يصبح من الصعب أن نتصور أمكانية أن نتصور إحداث انفتاح فى تلك العقوبة لتستوعب إعتبارات الإصلاح والتأهيل الإجتماعى للمحكوم عليه دون أن ينطوى ذلك فى نفس الوقت على أحداث نوع من التحول أو التغيير فى معالم وطبيعة العقوبة المؤبدة .

وهنا يجب أن نبادر إلى القول بأن هذا التحول والتغيير فى طبيعة العقوبة المؤبدة قد عرفه التشريع الإيطالى - كما عرفته أيضاً بعض التشريعات الأخرى - قبل أدخال نظام شبه الحرية فى التشريع الإيطالى عام ١٩٧٥ وقبل أن يمتد سريانه إلى المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة عام ١٩٨٦ ، إذا حدث التحول المشار إليه من عام ١٩٦٢ عندما قرر المشرع الإيطالى أمكانية إستفادة المحكوم عليهم بعقوبة السجن مـــدى الحيـــاة من نظـــام « الأفراج الشرطى » " Liberazione condizionale "

وهكذا فإن مد نظام شبه الحرية ليصبح قابلاً للتطبيق أيضاً على المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة إنما يمثل تأكيداً وتعميقاً للتحول والتغيير الذى حدث فى طبيعة العقوبة المؤبدة ، تحول فى إتجاه إلغاء العقوبة المؤبدة بإعتبارها عقوبة لم تعد تتلاءم مع الفكر القانونى الحديث ولا مع طبيعة ونظام المجتمعات المتحضرة .

وهو التحول الذى تنبأ به منذ حوالى ستون عاماً الفقيه الإيطالى Rossi عندما قرر " أنه فى اليوم الذى تبدو فيه عقوبة السجن مدى الحياة فى نظر الكثيرين عقوبة بالغة الجسامة ، فأن تلك العقوبة سوف تختفى من التشريعات المتحضرة ، كما سوف تختفى بعد قليل من الزمان - وبكل تأكيد - عقوبة الإعدام ". [٦]

٣ - نظام شبه الحرية كأداة للمعاملة العقابية التدريجية :

يعتبر نظام " شبه الحرية " أحد الأدوات التى تساهم فى الأعداد والتمهيد لحصول المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدة على حريته ، حيث يبدو النظام موجها لأحداث أنفتاح جزئى فى حالة الحرمان الكامل من الحرية ، أو بعبارة أخرى يبدو موجها لأحداث شق فى جدار السجن يمهد للأنتقال من حالة الحرمان الكامل من الحرية إلى حالة الحرية الكاملة ، وهو فى هذا يبدو كشكل خاص من أشكال تنفيذ العقوبة السالبة للحرية [٧] .

" Modalità di esecuzione della detenzione "

أو كبديل جزئى للحرمان الكامل من الحرية [٨] " Parzile Sosti-tuzione della detenzione

ورغم أهمية هذا الدور الذى يؤديه نظام شبه الحريه الا أن الوظيفة الاساسية للنظام بصدد العقوبات السالبة للحرية طويلة المدة تتمثل فى دوره كاداة للمعاملة العقابية التدريجية [٩] ، وذلك من خلال حفزه وتشجيعه المحكوم عليهم على تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة وعلى المشاركة فى الانشطة التى تستهدف أصلاحهم وأعادة ادماجهم فى المجتمع .

فالنظام يساهم فى تحقيق أغراض الردع الخاص وأصلاح المحكوم عليهم ، ويعتبر عنصرا فعالا من عناصر المعاملة العقابية . ذلك أن النظام فى حد ذاته - أى مجرد تقريره والنص عليه - يحفز نزلاء المؤسسات العقابية على التعاون والمشاركة فى أوجة النشاط التى تستهدف أصلاحهم وأعادة أدماجهم فى المجتمع [١٠] . واذا كان مجرد تقرير النظام يخدم أغراض الردع الخاص وأصلاح المحكوم عليهم ، فان ما يتضمنة النظام من أمكانية الغائة وأيقاف استفادة المحكوم عليه به أنما يخدم أيضا نفس الاغراض وذلك من خلال دفعة المستفيد من النظام على عدم التراجع عما حققه من تقدم فى برامج المعاملة .

ولقد أحسن المشرع الايطالى فهم دور نظام شبه الحرية - المقرر للعقوبات طويلة المدة - كاداة فى أدوات المعاملة العقابية التدريجية حيث علق الاستفادة من النظام على " التقدم الذى يحرزة المحكوم عليه فى برنامج المعاملة العقابية التدريجيه " ، وعندما تتوافر الظروف التى تسمح باعادة أدماجه فى المجتمع " ، وعليه فأن منح نظام " شبه الحرية " - بالنسبه للعقوبات السالبه للحريه

طويلة المدة ـ أنما يتقرر على ضوء السلوك الفعلى للمحكوم عليه أثناء التنفيذ .

ويلاحظ ـ فى هذا الخصوص ـ أن المشرع الايطالى يقرن تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة العقابية بتوافر الظروف والشروط الموضوعية التى تسمح باعادة ادماج المحكوم عليه تدريجيا فى المجتمع ، لذلك يبدو لنا أن المشرع أنما تطلب توافر " علاقه تناسب " بين " التقدم المتحقق " الشروط المتطلبة " ، بمعنى أن معيار تقدير مدى كفاية " التقدم المتحقق فى برنامج المعاملة العقابية " لاستفادة صاحبه من نظام شبه الحرية أنما يتحدد من خلال مدى أنسجام وأتفاق ذلك " التقدم " مْ " شروط وظروف أعادة أدماج المحكوم عليه فى المجتمع " وبعبارة أخرى فليس كل تقدم يتم تحقيقه فى برنامج المعاملة العقابية يتيح لصاحبة الاستفادة من نظام شبه الحرية ، ولكن " التقدم " الذى يتيح لصاحبة الاستفادة من النظام هو ذلك " التقدم " الذى يجمعه مع الشروط والظروف التى سوف يجد المستفيد من النظام نفسه فيها ، فأنهما معا يرجحان أن يكون لمنح المحكوم عليه ميزة شبه الحرية أثر وفائدة فى أستعادته أجتماعيـاً .

فالمشرع الايطالى يتطلب ـ لمنح نظام شبه الحرية ـ التحقق والتأكد من توافر الظروف التى يصبح فى ظلها من المرجح ـ واقعيا ـ تحقق النتيجة المرجوة من النظام الا وهى أعادة أدماج المذنب فى المجتمع .

المبحث الثالث : نظام شبه الحرية المقررة للعقوبات السالبة للحريةقصيرة المدة ودورة كاداة للتخفيف من الاثار غير الإجتماعية للعقوبة السالبة للحرية :

لا يعتبر نظام شبه الحرية الذى يمكن أن يستفيد منه المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة ـ لا تتجاوز ستة أشهر ـ أداة من أدوات المعاملة العقابية التدريجية ولكنة ـ بالاحرى ـ أداة للتخفيف من الاثار غير الاجتماعية للعقوبات السالبه للحرية قصيرة المـدة . (١١)

ويترتب على هذا المفهوم نتيجتين : ـ

النتيجة الاولى : أنـه لا يجب تعليق أمكانية الاستفادة من هذا النوع من أنواع " شبه الحرية " على تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة العقابية ، ذلك أن الحديث عن تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة العقابية يبدو عديم الجدوى وغير عملى عندما يتعلق الامر بعقوبة قصيرة المدة .

لذلك كان التشريع الايطالى منطبقيا عندما لم يشترط ـ لامكانية الاستفادة من نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ـ أن يحرز المستفيد من النظام تقدما فى برنامج المعاملة العقابية ، وأكتفى بأن يعبر المحكوم عليه عن ارادته فى الاندماج فى الحياة الإجتماعية "Volonta di reinserimento ; Nita Sociale

النتيجة الثانية : أنه من الممكن ـ بل ومن الافضل ـ أن تبدأ أستفادة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة ـ من نظام شبة الحرية قبل بدء تنفيذ العقوبه [١٢] ، ذلك أنة من غير المنطقى القول بان إعمال اداة موجهة أساسا الى أن تحل محل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة لا يمكن أن تطبق ـ الا بعـد قضـاء المحكوم عليه جزء من مدة العقوبة .

ولقد أجاز بالفعل المشرع الايطالى الا ستفاده من نظام شبة الحرية للمحكوم عليهم بعقوبات سالبه للحرية قصيرة المدة ـ لا تتجاوز مدتها سته أشهر ـ مع بدء تنفيذهم للعقوبة ودون أشـتراط أن يمضـوا أيـة مدة منها .

ختاما: نود أن نشير الى أن هذا الانفتاح أو الانفراج الذى طرأ على نظام شبه الحرية والذى أتاح امكانية تطبيق النظام حتى قبل أن يتذوق المحكوم علية طعم العقوبة ، أنما ينتهى بالنظام لان يصبح عقوبة بديلة حقيقية تحل كلية محل العقوبه السالبه للحرية الاصلية التى تختفى وتتلاشى تماما حيث لا ينفذ المحكوم عليه بها أى قدر ولو ضئيل منها .

يعطينا ذلك مؤشرات بأنه على المدى الطويل ربما يحدث نوع من الانفتاح أو الانفراج فى العقوبات ، بحيث تجد الجزاءات التى تخلو تماما من أى محتوى سالب للحرية ـ كالعقوبات الماليه ـ ، والجزاءات التى تتضمن حرمان جزئ من الحريه ، مجال تطبيق أوسع ، بحيث توجة الاولى الى أن تحل محل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، وأن تصبح الثانية الشكل الطبيعى لتنفيذ العقوبه السالبة للحرية . ولعل بدائل العقوبة السالبة للحرية ـ فى علاقتها بالعقوبات السالبة للحرية ـ تمر بمرحلة تاريخية مشابة لتلك التى مرت بها الاخيرة فى علاقتها بعقوبة الاعدام ، التى كانت العقوبات السالبه للحريه تبدو ـ فى حقبة تاريخية سابقة ـ كعقوبة بديلة لها

المبحث الرابع : نظام شبه الحريه للعقوبات السالبه للحريه متوسطة المدة ووظيفة جديدة للنظام : ـ

فضلا عن نظام شبه الحرية للعقوبـات السـالبة للحريـة الطويلة المدة والذى يعمل أساسا كأداه من أدوات المعاملة التدريجية ، ونظام شبه الحرية للعقوبات السالبه للحرية قصيرة المدة والذى يهدف الى التخفيف من الاثار السلبية للعقوبات السالبه للحرية قصيرة المدة ، عرف نظام شبه الحرية نوعا ثالثا جديدا ـ يرجع الفضل فى تقريره الى المشرع الايطالى ـ هو نظام شبه الحرية للعقوبات السالبه للحرية متوسطة المدة والذى يعمل فى ارتباط وتناسق مع بديل آخر من بدائل العقوبة السالبة للحرية هو نظام الاختبار القضائى [١٣] .

أدخل المشرع الايطالى هذا النوع الجديد ليطبق على العقوبات السالبة للحرية التى لاتزيد مدتها عن ثلاث سنوات وربط بينه وبين نظام الاختبار القضائى ، ولايشترط للاستفادة

من هذا النوع من أنواع شبه الحريه أن يمضى المحكوم عليه نصف مدة العقوبة ـ كما هو الحال بالنسبة للعقوبات السالبه للحريه طويلة المدة ـ بل يكتفى بأن تعطى نتائج فحص الشخصية [١٤] الذى يتم خلال الاشهر الاولى من بدء تنفيذ العقوبة ـ ورغم أن تلك النتائج لاتصل الى الدرجة التى تبيح أن يستفيد المحكوم عليه من الميزة الاكبر وهى نظام الاختبار القضائى ـ مؤشرا ايجابيا على أمكانية أعادة أدماج المحكوم عليه تدريجيا فى المجتمع ، ويستفاد من ذلك أن نظام شبة الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسطه المدة موجهة للمحكوم عليهم القابلين للاصلاح والذين توجد فرصة طيبة لاعادة أدماجهم فى المجتمع ، أى أن النظام موجه لاشخاص على قدر بسيط من الخطورة الاجرامية .

فى محاولتنا تحديد وظيفة هذا النوع الجديد من نظام شبه الحريه يجب أن تكون نقطة الإنطلاق الإعتبارين التالين :ـ

الاعتبار الأول : ان نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية متوسطة المدة يبدو أقرب من الناحية الوظيفية - لنظام شبه الحرية المقرر للعقوبات قصيرة المدة منه لنظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة ، حيث يبدو النظام بعيداً عن أن يودى دوراً أساسياً كأداة من أدوات المعاملة العقابية التدريجية .

الإعتبار الثانى : لا يجب أن نغفل ، ونحن بصدد تحديد وظيفة هذا النوع الجديد من أنواع شبه الحرية ـ عن الارتباط الوثيق بينة وبين نظام الإختبار القضائى ،حيث لا يطبق النظام الأول إلا عند عدم توافر الشروط اللازمة لأعمال النظام الثانى الذى يقرر مزايا أكبر .

فى ضوء ما سبق بيانة يتضح أن نظام شبة الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسطة المدة ، ورغم أنه يبدو ـ من الناحية الوظيفية ـ أقرب لنظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، الا أنه لا يمكن أنن يؤدى نفس دور الاخير كمجرد مخفف للاثار السلبية للعقوبات السالبة للحرية ، ذلك أن الاتجاه . السائد حاليا ـ فى مختلف التشريعات ـ فيما يتعلق بتقرير تدابير تحل كلية محل العقوبات السالبه للحرية أنما يقتصر على العقوبات قصيرة المدة ، ولا يمكن بأية حال اعتبار عقوبة سالبة للحرية يمكن أن تصل مدتها الى ثلاث سنوات عقوبة قصيرة المدة ، وعلية فانن الغاء الحرمان الكامل من الحرية بصدد عقوبات بمثل تلك المدة لا يمكن أن يجد تبريرا الا فى ظل المبدا الاساسى وهو " الاصلاح والتهذيب " [١٥]

لذلك فنطاق بحثنا لتحديد وظيفة نظام شبه الحرية للعقوبات متوسطة المدة لابد وأن يكون فى أطار وظيفة وهدف الاصلاح والتهذيب ودون أغفال ـ كما سبق أن أوضحنا ـ علاقة ذلك النظام بنظام الاختبار القضائى .

وهنا يثور التساؤل عما اذا كان من الممكن لنظام شبه الحريه للعقوبات السالبه للحرية متوسطة المدة أن يؤدى - مع الاخذ فى الاعتبار بشروط تطبيقه ومضمونه وظيفة الاصلاح والتهذيب فى خط مواز أو بديل لذلك الخاص بنظام الاختبار القضائى ؟

- فيما يتعلق بشروط تطبيق النظام فهى بلا شك أقل أيجابية عن تلك الشروط المتطلبة لاعمال نظام الاختبار القضائى من حيث دلالتها على امكانية وفرصة التهذيب وأعادة أدماج المحكوم عليه فى المجتمع ، وهو ما يستفاد بوضوح من النص التشريعى الايطالى الذى يقرر أعمال نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبه للحريه متوسطة المدة اذا لم تصل نتائج فحص الشخصية الى الدرجة المتطلبة لمنح نظام الاختبار القضائى .

- فيما يتعلق بمضمون النظام ، مما لا شك فيه أن المزايا التى يوفرها أقل من تلك التى يوفرها نظام الاختبار القضائى الذى يبدو بوضوح أنه يمثل ميزة أكبر ، كذلك فأن نظام الاختبار القضائى يحتوى على عناصر متصلة باعادة التأهيل الاجتماعى أكثر تحديدا ووضوحا من تلك التى ينطوى عليها نظام شبه الحرية وذلك رغم أن الشروط الشخصية المتطلبة لاعماله أكثر أيجابية عن تلك المتطلبة لاعمال نظام شبه الحرية . كذلك يوجد أيضا أختلاف أساسى بين محتوى وجوهر النظامين اذ يتضمن نظام شبه الحرية حرمان جزئى من الحرية يوميا وهو جانب يتعلق بالايلام أكثر من أتصالة بالجانب التهذيبى ، وهو ما يخلو منه نظام الاختبار القضائى الذى يغلب على مكونات الطابع التهذيبى .

لكل ما سبق نخلص الى أن نظام شبه الحريه للعقوبات السالبه للحريه متوسطه المدة هو نظام موجهة لاشخاص يتميزون بخطورة أجرامية محدودة ويبدو وأكثر ملائمة فى مواجهتهم اللجؤ الى تدابير يغلب فيها الشق المتضمن للايلام على الشق التهذيبى بالمعنى الضيق بعبارة أخرى النظام الجديد يبدو موجها لاشخاص يتحقق فى مواجهتهم الهدف النهائى - والمتمثل فى استعادتهم أجتماعيا - من خلال تغليب دور التخويف الخاص الذى يكفلة عنصر الايلام على وظيفة التذيب بالمعنى . الذى يعرفه علم التربية .

خاتمة :

التشريع المصرى ونظام شبه الحريه : -

لا يعرف التشريع المصرى نظام " شبه الحرية " ، وهو الامر الذى لا يخلو من النقد ، فبعد أن ثبت بما لا يدع مجالا للشك فشل السجن فى أدراك أهدافة المعلنة والمتمثلة فى أصلاح الجناة وتهذيبهم واعادة أدماجهم فى المجتمع - وهو ما يشهد عليه العدد الضخم من الجناة الذين عادوا الى ارتكاب الجريمة بعد الافراج عنهم - وبعد أن وضح جليا عجز العقوبات السالبه للحرية وما ترتبة من أثار سلبية ضارة . أتجهت كثير من التشريعات فى عديد من

الدول الاكثر تقدما فى مجال الفكر والدراسات الجنائية والعقابية الى الاخذ بنظم وأدوات مختلفة - من بينها نظام شبه الحرية - وذلك فى محاولة منها لتضبيق نطاق إعمال العقوبه السالبه للحرية بصورتها التقليدية وتقليل المدة التى يجب على المذنب أن يقضيها خلف أسوار السجن - أن لم يكن تجنب دخوله السجن أساسا - . واذا كان نظام السجن - فى ذاته وبصفة عامة - يتضمن عناصر سرطانية تدمره من الداخل وتجعلة عاجزا عن أصلاح الجناة ، فانّ السجن فى مصر يتضمنن - وفضلا عن تلك العناصر السرطانية العامة - عناصر سلبية أضافية تجعله أكثر عجزا .

فمن ناحية - ويسبب الظروف الاقتصاديه الصعبة - تمثل الظروف المعيشية داخل السجن وتكدسة بأعداد ضخمة من المذنبين حائلا حقيقيا يحول دون توافر الظروف الضرورية والمناخ المناسب لتنفيذ أى برنامج لاصلاح الجناة أو تهذيبهم ، وكذلك فأنه - ويسبب ذات الظروف الاقتصادية - يتعذر توفير الادوات والاجهزة الفنية اللازمة لتنفيذ برامج المعاملة العقابية الحديثة . ومن ناحية أخرى - ويسبب نقص الكوادر الفنية المدربه - تفتقر السجون فى مصر الى الاشخاص المؤهلين القادرين على مساعده أو توجيهة المذنبين أو التنفيذ - الحقيقى - لاى برنامج أصلاحى .

وعليه فانه اذا كانت أمكانية أصلاح الجناة من خلال برامج المعاملة العقابية التى تجرى داخل السجون - بصفة عامة - تبدو ضعيفة ، فان ذلك الامر يبدو داخل سجوننا فى مصـــــر أقـرب لان يــــكون مستحيلا .

لذا كان من الاولى بالمشرع المصرى أن يكون فى مقدمة المشرعيين الذين يؤخذون ببدائل العقوبات السالبة للحرية - ومن أهمها نظام شبه الحريه بل كان يجب عليه أن يكون أكثر توسعا فى أعمالها وأن يتلمس مختلف الوسائل للتقليل من المدة التى يقضيها المذنب خلف أسوار السجن .

كذلك فان المشرع المصرى بحصره بدائل العقوبة فى نطاق ضيق - حيث يقتصر على عدد محدود جدا من البدائل التقليدية - أنما يضبق بشكل ملحوظ من عملية التفريد العقابى ولا يتيح الفرصة لاعمال البديل أو الاجراء الاكثر تناسبا مع مدى خطورة ومعالم شخصية كل مذنـب .

وفضلاً عن كل ما سبق وفى ضوء اعتبار ان بدائل العقوبه وغيرها من التدابير انما تهدف الى تغيير الصورة التقليدية للعقوبة السالبة للحرية بحيث تأخذ صورة جديدة أكثر انسانية وأكثر ملائمة لتحقيق هدف اصلاح وتأهيل الجبناة ، وفى ضوء توقيع إن تحل - على المدى الطويل - بدائل العقوبة محل العقوبة السالبة للحرية وبحيث تصبح تلك البدائل هى الصورة الطبيعية للتنفيذ العقابى ، فإن من غير المناسب والا المقبول أن يبقى المشرع المصرى غائبا أو بعيـدآ عن تلك المحـــــاولات الرامية الى تغيير شكل وطبيعة العقوبة السالبة للحرية .

1- plozzo : "Sewiliberta' etrattawento penitenziafio " in " Alternative alla detenzione et riforma penitenziaria " Bologna , 1982, p67 .

٢ـ راجع فى هذا الخصوص

Art. 51 l. 26 ` 7 ` 1975, N. 345 .

٣ـ راجع فى هذا الخصوص .

- Cioggi : " E lementi Caratterizzzanti delnuovo ordinamento penitenziario " in " Guist . pen 1976 I, p118.

- Grevi : " diritti dei detenuti e' trattamento penitenziario " , Bologna , 1981, p46 ss.

- Lupone : " il trattaweuto penitenziario e' la sua attuazione processuale " Napoli, 1984, p47 ss,

٤ـ يشترط المشرع الإيطالى أن ينفذ المحكوم عليه فعلياً مدة لا تقل عن نصف مدة العقوبة المحكوم بها حتى يمكنه الإستفادة من نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة .

5- Catelani : " Manuale dell e'secuzione penale' " Milano, 1980, p271 .

6- Rossi p., : " La pena di morte ela şua critica " , 1930 ripubblicato parzialmente in " La pena di morte : sitticismo e dogmatica ", Milano, 1978, p. 248ss.

7- Rllomia : " ordinamento peniteziario " in Enc . dir . vol . xxx, Milanó, 1980, p931 .

8- Novolone : " Relazione introduttive in " Pene e' Misufe alternative nell'attuala monento storice : , Milano, 1977, p5.

9- Mantovani : " Sanzioni alternative alla pena detentiva e' prevenziove gevevale : in " Feoria e' prassi della preveuzione genevale dei veati " , Bologna m 1980 p85 .

10- Casavopi : " la semiliberta' " in " La nuove norme sull'ordinamento peniteuziario " , Milano , 1987, p260 .

11- Mantovani op- cit., p87.

12- Casaroli : op. Cit., p274 .

١٣ـ نظام الإختبار القضائى : هو أحد بدائل العقوبة السالبة للحرية ، وفقاً له يسمح للمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية لا تتجاوز مدة معينة بأن يقضى مدة العقوبة خارج أسوار المؤسسات العقابية مع فرض بعض القيود عليه ووصفه تحت الإشراف والرعاية الإجتماعية ، وذلك إذا ما دلت نتائج فحص الشخصية مع إنه من الأجدى إخضاعه للمعاملة العقابية خارج الأسوار .

١٤ـ فحص الشخصية : هو دراسة شخصية المحكوم عليه فى جوانبها المختلفة للتعرف على العوامل التى دفعته للجريمة وصولاً إلى وضع المعاملة العقابية الملائمة له . لمزيد من التفاصيل فى هذا الخصوص راجع لكتاب هذا البحث " فحص الشخصية " ، منشور بمجلة الأمن العام ١٩٨٧ ، العدد ١١٨ .

15- Presutti : Commento All'art . 14 L.10 Octobre 1986 No. 663, in legisl legisl . Pen., 1987, p1735 .

حرية التنقل
ومدى شرعية أوامر المنع من السفر
الصادرة من قاضى الأمور الوقتية

للسيد الدكتور
حسن السيد بسيونى
المستشار بمحكمة النقض

بمناسبة مرور أربعين عاما على إقرار الجمعية العامة للامم المتحدة للاعلان العالمى لحقوق الانسان ، واذاعته فى العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨ ، ودعوتها الدول الاعضاء الى ترويج نص الاعلان ، والى العمل على نشره وتوزيعه وقراءته ومناقشته فى المحافل المختلفة ، نعرض فى هذا البحث لاحدى الحريات اللصيقة بالانسان. وهى حرية التنقل . وذلك نظرا لما ظهر مؤخرا من الاسراف فى استصدار أوامر المنع من السفر من قضاة الامور الوقتية .

وسوف نتناول فى هذا البحث بيان حرية التنقل والاوامر على العرائض ، ومدى شرعية أوامر المنع من السفر الصادرة من قضاة الامور الوقتية وذلك بالقدر اللازم لهذا البحث .

أولا : حرية التنقل :

أكـدت المواثيـق العالميـة والاقليمية حرية التنقل والاقامة . فقد نصت المادة الثالثة عشر من الاعلان العالمى لحقوق الانسان على أن :

١ ـ لكل فرد حرية التنقل واختيار محل اقامته داخل حدود الدولة .

٢ ـ يحق لكل فرد ان يغادر اية بلاد بما فى ذلك بلده كما يحق له العوده اليه .

كما نصت المادة ٢٢ من الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان على أن :

١ ـ لكل شـخص متواجد بصورة شرعية فى اراضى دولة طرف فى هذه الاتفاقية حـق التنقل والاقامة فيها مع مراعاة احكام القانون .

٢ ـ لكل شخص حـق مغادرة البلد المتواجد فيه بحرية ، بما فى ذلك مغادرة وطنه .

٣ ـ لايجوز تقييد ممارسة الحقوق المذكورة اعلاه الا بموجب قانون وبالقدر الذى لا بد منه فى مجتمع ديمقراطى من أجل منع الجريمة أو حماية الامن القومى أو السلامة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة أو الصحة العامة أو حقوق الآخرين أو حرياتهم .

٤ ـ يمكن ايضا تقييد ممارسة الحقوق المذكورة فى الفقرة (١) بموجب القانـون فى مناطـق محـددة ولاسـباب تتعلـق بالمصلحة العامة .

٥ ـ لايمكن طرد احد من اراضى الدولة التى هو احد مواطنيها ولا حرمانه من حق دخولها .

٦ ـ لا يمكن طرد اجنبى متواجد بصورة شرعية على

اراضى دولة طرف فى هذه الاتفاقية الا بموجب قرار صادر وفقا للقانون .

٧ ـ لكل شخص الحق فى ان يطلب ويمنح ملجأ فى قطر اجنبى وفقا لتشريعات الدولة والاتفاقات الدولية ، اذا كان ملاحقا بجرائم سياسية أو جرائم عادية ملحقة بها .

٨ ـ لايجوز فى أى حال من الاحوال ترحيل شخص أجننبى أو اعادته الى بلد ما ، سواء كان بلده الاصلى أم لا ، اذا كان حقه فى الحياة أو الحرية الشخصية معرضا لخطر الانتهاك فى ذلك البلد بسبب عرقه أو جنسيته أودينه أو وضعه الاجتماعى أو ارادته السياسية .

٩ ـ يمنع طرد الاجانب جماعيا .

كما أكد المثياق الافريقى لحقوق الانسان والشعوب حرية التنقل اذ نصت المادة ١٢ على أن :

١) لكل شخص الحق فى التنقل بحرية واختيار محل اقامته داخل دولة ماشريطة الالتزام باحكام القانون .

٢) لكل شخص الحق فى مغادرة أى بلد بما فى ذلك بلده ، كما أن له الحق فى العودة الى بلده ، ولا يخضع هذا الحق لأية قيود الا اذا نص عليها القانون وكاننت ضرورية لحماية الامن القومى ، والنظام العام والصحة والآداب العامة .

٣) لكل شخص الحق عند اضطهاده فى ان يسعى ويحصل على ملجأ فى أى دولة أجنبية طبقا لقانون كل بلد وللاتفاقيا الدولية .

٤) ولا يجوز طرد الاجنبى الذى دخل بصفة قانونية الى اراضى دولة ما طرف فى هذا الميثاق الا بقرار وفقا للقانون .

٥) يحرم الطرد الجماعى للاجانب ، والطرد الجماعى هو الذى يستهدف مجموعات عنصرية عرقية أو دينية .

كما أكد مشروع الميثاق العربى لحقوق الانسان ـ والذى أعد فى اطار جامعة الدول العربية ـ حرية التنقل فى المواد من ١٣ الى ١٦ على النحو التالى :

المادة ١٣ ـ لكل فرد مقيم على اقليم دولة حرية الانتقال وأختيار مكان الاقامة فى أى جهة من هذا الاقليم فى حدود القانون .

المادة ١٤ ـ لايجوز بشكل تعسفى أو غير قانونى منع المواطن من مغادرة أى بلد عربى بما فى ذلك بلده ، أو فرض حظر على أقامته فى جهة معينة أو الزامه بالاقامة فى أية جهة من بلده .

المادة ١٥ ـ لا يجوز نفى المواطن من بلده أومنعه من العودة اليه .

المادة ١٦ ـ لكل مواطن الحق فى طلب اللجوء السياسى الى بلاد أخرى هربا من الاضطهاد . ولا يننتفع بهذا الحق من سبق تتبعه من اجل جريمة عادية تهم الحق العام ، ولا يجوز تسليم اللاجئين الساسيين .

وقد أكد الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١ حرية التنقل فى عدة نصوص اذ جرى نص

المادة ٤١ منه على أن " الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لاتمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على احد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل الا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الامر من القاضى المختص ، أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون " .

كما جرى نص المادة ٥٠ منه على أنه " لا يجوز أن يحظر على أى مواطن الاقمة فى جهة معينة ولا أن يلزم بالاقامة فى مكان معين الا فى الاحوال المبينة فى القانون " .

كما نصت المادة ٥١ على أنه : " لا يجوز ابعاد أى مواطن عن البلاد أو منعه من العودة اليها "." وللمواطنين حق الهجرة الدائمة او المؤقتة الى الخارج ، وينظم القانون هذا الحق واجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد " . (مادة ٥٢ من الدستور) مفاد ذلك إن الشارع الدستورى أكد حمايته للحريات الشخصية ، ومن بينهما حرية الإنسان فى التنقل داخل البلاد أو خارجها بمغادرتها والعودة إليها ، إذ ان هذا الحرية تسمح له بأن يتنقل من مكان لأخر داخل البلد أو خارجه ، لتدبير شئونه . وهى من الحريات اللصيقة بالإنسان والمستمدة من فطرته وطبيعته الإنسانية ومن ثم تمثل قيداً على إدارة الشارع الدستورى عند تقرير الحريات . وهى مستمدة من القانون الطبيعى بإعتباره مجموعة من القواعد التى تتسم بالثبات والإستقرار والمستمدة من طبيعة الإنسان وفطرته . وللمشرع العادى سلطة تنظيم إستخدامها ، كى لا يعم البلاد الفوضى وحتى يكفل للأفراد حسن إستخدامها .

ذلك ان من شأن تقريرها دون تنظيم ان تتعارض مصالح الأفراد فى إستعمالها تعارضاً يجعل من المستحيل إستخدامها .

وقد قضت محكمة القضاء الإدارى المصرى [٢] بإلغاء القرار الصادر من إدارة الجوازات بوزارة الداخلية بعدم التصريح للمدعى بالسفر إلى الخارج لتعلقة بالحريات العامة التى كفلها الدستور ، ولا يجوز تقييدها ومصادرتها إلا فى الحدود التى رسمتها القواني .

لذلك كانت دعوة الشارع الدستورى - بعد تقرير هذه الحريات - للشارع العادى لتنظيمها بقانون . وبذلك تكون الإداة التشريعية لتنظيم الحريات العامة ومن بينها حرية التنقل هى القانون . [٣]

وقد حثت الشريعة الإسلامية على التنقل [٤] فكانت بذلك أسبق من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان - ورغبته فى السير فى الأرض والإنتشار فيها . تأكد ذلك من قوله عز وجل : (قل سيروا فى الأرض) . وقوله سبحانه وتعالى (أفلم يسيروا فى الأرض) ، وفى سورة الجمعة قال سبحانه وتعالى (فإذا قضيت الصلاة فإنتشروا فى الأرض) .

فلم يقف الإسلام بالحرية الشخصية عند حد حمايتها وعدم الإعتداء عليها ، وإنما

أمتد بأن كفل للإنسان حرية التنقل فمن ضاقت به سبل العيش والإقامة فى مكان ما ، فله أن ينتقل إلى مكان آخر لأن أرض الله واسعة لقوله سبحانه وتعالى (ومن يهاجر فى سبيل الله يجد فى الأرض مراغماً كثيراً وسعة ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله وكان الله غفوراً رحيماً) .

من ذلك يبين ان الإسلام يجد انه لا معنى للجانب السلبى للحرية بتحريم الإعتداء على النفس والعرض والمال ، وإنما يحث على السعى والتنقل - الجانب الإيجابى للحرية - إذ به عمارة الأرض وإقامة الحضارات .

وقيدت حرية التنقل فى الإسلام بالمصلحة (مصلحة الجماعة) ؛ إذ روى عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه قال : " إذا كان الطاعون ببلد فلا تدخلوه ، وأذا كنتم به فلا تخرجوا منه " . ذلك إن الدخول إلى بلد أنتشر فيه الطاعون إلقاء بالنفس إلى التهلكة . والخروج من بلد فيه طاعون نقل للعدوى ونشر للوباء . فكانت حكمة التقييد هى الحفاظ على الأمن والصحة العامة وعدم إضرار الناس بعضهم بعضاً . كما روى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - إنه الزم كبار الصحابة بالإقامة معه فى المدينة حتى يستشيرهم فيما يجد من أمور ، ومن ثم فإن تقييد حرية تنقلهم فى الدولة الإسلامية بالبقاء فى المدينة كانت لمصلحة المسلمين وليس من قبيل الحد والعقاب .

نخلص مما تقدم إن حرية التنقل من الحريات اللصيقة بالشخصية الإنسانية . وقد أكدها الشارع الدستورى ، كفل تنظيمها بالقانون . بما أورده فى المادة ٤١ سالفة البيان من أنه " ... ولا يجوز ... أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق . وصيانة أمن المجتمع . ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة وذلك وفقاً لأحكام القانون " .

مؤدى ذلك ان الشارع الدستورى تطلب لإستصدار الأمر بتقيي حرية التنقل بالمنع أو تستلزمه ضرورة التحقق وصيانة أمن المجتمع ، وأسند سلطة إصدار هذا الأمر إلى كل من القاضى المختص أو النيابة العامة .

ويقصد بالقاضى المختص فى هذه المادة القاضى الذى له سلطة التحقيق - سلطة الضبطية القضائية - وهو القاضى الجنائى دون القاضى المدنى ، كقاضى التحقيق وغرفة المشورة بمحكمة الجنح المستأنفة ، ومحاكم الجنايات ، والمستشار المنتدب بمحكمة القيم عملاً بالمادتين ١٩ و ٢٣ من قانون حماية القيم من العيب رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٠ ، وكل قاض خوله القانون هذه السلطة بنص منه .

كذلك اناط الشارع الدستورى بالنيابة العامة سلطة الأمر بالمنع من التنقل إذا أستلزم ذلك ضرورة التحقيق ، وصيانة أمن المجتمع [٥] ، وقد نظم النائب العام حدود سلطاته المخولة له بمقتضى الدستور فى تعليمات النيابة العامة فى

الإدراج فى قوائم الممنوعين من السفر (مادة ٩٣٩ من التعليمات فقرة ٢٦) اذ نصت على أن : " ترسل إلى المكتب الفنى للنائب العام عن طريق المحامين العامين لدى محاكم الإستئناف القضايا والأوراق المبينة بعد ، مشفوعة بمذكرات بالرأى فيها . " طلبات إدراج فى قائمة الممنوعين من السفر ، ورفع الحظر عنهم ، والأخطار بما يتم فى القظايا الخاصة بالممنوعين من السفر ، للنظر فى رفع الحظر وكذلك قرارت المحكمة الصادرة برفع أسماء المتهمين المدرجين فى قائمة الممنوعين أو بالتصريح لهم بالسفر .

ثانياً : الاوامر على العرائض

من المقرر قانوناً إنه فى الأحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى إستصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو الى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى .. (مادة ١٩٤ من قانون المرافعات) وقاضى الأمور الوقتية فى المحكمة الإبتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه . أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفى محكمة المواد الجزئية هو قاضيها (مادة ٢٧ من قانون المرافعات) واورد المشرع النص على بعض الحالات التى يجوز فيها إستصدار الأوامر على العرائض من قاضى الأمور الوقتية . مثل تنقيص ميعاد المسافة (مادة ١٧ مرافعات) . تنقيص المواعيد القانونية للحضور (مادة ٦٦ مرافعات) . تقدير المصاريف التى تقضى بإلزام الخصم بها (مادة ١٨٩ مرافعات) . أحوال الحجز التحفظى (مادة ٣١٩ مرافعات) . حجز للمدين لدى الغير عند عدم وجود سند تنفيذى أو اذا كان الدين غير معين المقدار (مادة ٣٢٧ مرافعات) .

وفى المواد التجارية مثل الاذن ببيع الاشياء المرهونة كلها أو بعضها بالمزايده العمومية على يد سمسار (مادة ٧٨ من قانون التجارة) . والاذن للوكيل بالعمولة ببيع البضاعة الموجودة تحت يده للحصول على دينه (مادة ٨٩ من قانون التجارة) .

والاوامر على العرائض ـ وعلى ما يبين من نصوص الباب العاشر من قانون المرافعات ـ هى الاوامر التى يصدرها قضاة الامور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية ، وذلك بناء على الطلبات المقدمة اليهم من ذوى الشأن على عرائض ، وتصدر تلك الاوامر الوقتية فى غيبة الخصوم دون تسبيب باجراء وقتى أو تحفظى فى الحالات التى تقتضى بطبيعتها السرعة أو المباغتة دون مساس بأصل الحق المتنازع عليه ، ولذا لا تحوز تلك الاوامر حجية ولا يستنفد القاضى الوقتى سلطته باصدارها فيجوز له مخالفتها بامر جديد مسبب [٦] .

وقد ثار خلاف فى الفقه حول ما اذا كان المشرع أورد الاوامر على العرائض فى القانون على سبيل الحصر ، أم على سبيل المثال ، وايا كانت حجة كل فريق ، فقد حسمت محكمة النقض المصرية ـ حديثا ـ هذا الخلاف بقولها : " أن

المشرع افرد للأوامر على العرائض الباب العاشر من الكتاب الاول من قانون المرافعات المواد من ١٩٤ ـ ٢٠٠ ، ولم يحدد فيه الحالات التى يجوز فيها طلب استصدارها ونص فى المادة ١٩٤ منه على أنه " فى الاحوال التى يكون فيها للخصم وجه في استصدار امر أن يقدم عريضة بطلبه الى قاضى الامور الوقتية بالمحكمة المختصة . . . " لما كان هذا النص قدورد بصيغة عامة مطلقة دون تخصيص لتلك الاحوال ، وكان المقصود بعبارة الاحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار امر هو ـ وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ـ الحالات التى تقتضى بطبيعتها السرعة والمباغتة ، ومن ثم فإن القول بأن المشرع اورد الحالات التى يجوز فيها أستصدار أمر على عريضة على سبيل الحصر يكون تقييدا لمطلق النص ، وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، ولا ينال من ذلك أن الشارع قد أورد فى نصوص متفرقة بعض الحالات الخاصة التى يجوز فيها اصدار الاوامر على عرائض ،إذ ان ذلك لا يمنع من أستصدار امر على عريضة فى الحالات الاخرى متى توافرت شروط أستصداره ، ولو لم يرد بشأنها نص خاص ، اذ لو قصد المشرع بنص المادة ١٩٤ سالفة الذكر ، تقييد الاحوال التى يجوز فيها أصدار الاوامر على العرائض بتلك التى اورد بشأنها نص خاص ، لنص على ذلك صراحة فى هذه المادة . . . " (٧)

مفاد ذلك أن الاوامر على العرائض اوردها المشرع فى القانون على سبيل المثال لا الحصر

والاوامر على العرائض تعد من أهم صور الاعمال الولائية التى يقوم بها قاضى الامور الوقتية ، ويمكن ردها وتقسيمها الى ثلاثة أنواع : (٨)

الاول : أعمال توثيق وتصديق وهى الاعمال التى يكون تدخل القاضى فيها ضروريا لاضفاء الرسمية عليها سواء كانت أعمالا قانونية أم وقائع مادية . ومنها التصديق على الصلح الذى يتم بين طرفى الخصومة وتحقيق الوفاة والغيبة وإثبات الوراثة والتصديق على القسمة القضائية أو على الصلح الذى يختتم به التفليسة .

الثانى : أعمال اذن وإجازة وهى الاعمال التى يلزم للاعتداد بها القاضى قبل القيام بها ، أو أجازته لها بعد القيام بها ، كالاذن بالحجز أو أعلان شخص فى غير المواعيد المقررة أو أجازة أعمال المصفى .

الثالث : أعمال رقابة وتعيين وهى الاعمال التى يتدخل بها القاضى لحماية بعض المصالح الخاصة بتعيين شخص لآداء مهمة معينة ورقابة أعماله ، ومنها تعيين الأوصياء والقامة والفصل فى حساباتهم ومراقبة تصرفاتهم وعزلهم ، واستبدال غيرهم بهم .

والملاحظ أن هذه الاعمال تتعلق ـ جميعا ـ بالمواد المدنية والتجارية والقواعد الاجرائية لقانون المرافعات ومواد الولاية

على النفس وعلى المال ، ولا تمتد الى نطاق قانون العقوبات أو القواعد الاجرائية لقانون الاجراءات الجنائية . وهى وان وردت على سبيل المثال - على ما أنتهت اليه محكمة النقض فى حكمها سالف البيان - الا أنها مشروطة بحدود أختصاص قاضى الامور الوقتية فى المواد المدنية والتجارية والمرافعات ودون المواد الجنائية وان يقتضى أستصدارها السرعة أو المباغتة ودون مساس بأصل الحق .

ثالثا : عدم شرعية الامر بالمنع من السفر الصادر من قاضى الامور الوقتية :

الامر بالمنع من السفر ينطوى على تقييد لحرية الانسان في التنقل ويعد هذا الامر اجراءاً تحفظياً يمس حرية من الحريات الشخصية التى كفلها الدستور للافراد . وسبق أن أوضحنا أن الاوامر على العرائض وأن وردت على سبيل المثال ، الا أنها مقيدة بحدود اختصاص قاضى الامور الوقتية فى المواد المدنية والتجارية والمرافعات دون المواد الجنائية . باعتبار أن الاوامر على العرائض من قبيل الاعمال الولائية التى يصدرها القاضى بما له من سلطة ولائية ومن ثم تنحسر عن سلطاته سلطته الضبطية القضائية ، وبذلك يخرج من أختصاص قاضى الامور الوقتية إصدار الامر بالمنع من السفر ، اذ حدد الشارع الدستورى السلطة التى نيط بها سلطة المنع من التنقل ، وهى القاضـــى المختــــص - ولا يندرج تحت هذا القيد قاضى الامور الوقتية لطبيعة اختصاصه المدنى - والنيابة العامة وأن يستلزم هذا المنع ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع . ففى مجال " حق الدائنية " - على سبيل المثال - نجد أن المنع من التنقل ليس من مقتضيات الوفاء بالدين . اذ أن المشرع كفل للدائن الالتجاء الى أمر الحجز التحفظى أو حجز ما للمدين لدى الغير . فاذا انطوى الامر على جريمة أو مس أمن المجتمع كان للدائن بدلا من الالتجاء الى قاضى الامور الوقتية الالتجاء الى القاضى الجنائى المختص أو الى النيابة العامة لاعمال سلطتها على النحو المبين بالدستور لا ستصدار الامر بالمنع من السفر .

وقد أكدت محكمة النقض المصرى [٩] هذا الرأى - حديثا - اذ قضت " أنه لما كان من المقرر بنص الفقرة الأولى من المادة ٤١ من الدستور أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على احد أو تفتيشه أو حبسه أو تقيد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل الا بامر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الامر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لاحكام القانون " . وكان مؤدى هذا النص - فى ضوء سائر نصوص الدستور المنظمة للحقوق والحريات العامة وضماناتها - أن أوامر القبض على الاشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو منعهم من التنقل أو السفر أوتقييد حريتهم بأى قيد دون ذلك - هى اجراءات جنائية تمس الحريــة الشــخصية - التى لا يجوز تنظيمها الا بقانون صــادر من الســلطة التشريعية

وليس من سلطة أخرى بناء على تفويض ولا باداة أدنى مرتبة من القانون حتى لا تطلق السلطة التنفيذية يدها فيما قيد الدستور سلطتها فيه ـ (إصدار الامر بأى اجراء من تلك الاجراءات فى غير حالات التلبس لا يجدر الا من القاضى المختص أو النيابة العامة ، ووفقا لقانو ينظم القواعد الشكلية والموضوعية لاصدار هذا الامر فى ضوء الضوابط التى وضع الدستور اصولها ، وكان أى نص مخالف لهذه الاصول يعتبر منسوخا حتما بقوة الدستور نفسه ، باعتباره القانون الوضعى الاسمى ، لما كان ذلك ، وكان الامر موضوع الدعوى فيما جرى به من منع الطاعن من السفر لم يصدر وفقا لاحكام قانو ينظم قواعد اصداره فانه أساس " .

مما تقدم نخلص الى عدم شرعية الاوامر على العرائض الصادرة بالمنع من السفر لانطوائها على أنتهاك خطير لحرية التنقل والتى هى من الحريات الاساسية اللصيقة بالانسان ومخالفتها لاحكام الدستور باعتباره القانون الوضعى الاسمى .

هـوامش حريــــة التنقــــل

١ـ من أبحاث ندوة " الحماية القانونية للحريات الشخصية " التى عقدها مركز الدراسات القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان بجامعة القاهرة نوفمبر ١٩٩٠ .

٢ـ فى القضية رقم ٣٦٣ لسنة واحد جلسة ١٩٦٢/١١/٢٧ .

٣ـ والقرارات التى تصدرها جهات الإدارة برفض التصريح لموظفيها بدون نوع قرارت غير مشروعة ، يختص مجلس الدولة بإعتباره صاحب الولاية العامة فى المنازعات بنظر الطعون بإلقائها . إذ قضت المحكمة العليا فى هذا الصدد .

" إن التعداد الذى أوردته المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة فى بنودها الثلاثة عشر الأولى إنما أتى على سبيل المثال لا الحصر بمعنى إنه غير جامع لكل المنازعات الإدارية ، أما البند الرابع عشر فقد ورد النص فيه بصيغة عامه ، تدل على أن المشرع قصد أن يكون مجلس الدولة دون غيره مختصاً بالنظر فى جميع المسائل التى يصدق عليها وصف المنازعة الإدارية ، سواء كانت من صف المنازعات والقرارات المحددة فى البنود الثلاثة عشر السابقة عليه أو لم تكن تماثلها ، وأساس ذلك إن النص العام يقصد على عمومه ما لم يرد ما يفيده أو يجد من تطبيقه ، ولو قيل بغير ذلك لأدى الأمر إلى

الوقوع فى مخالفة لحكم الدستور صراحة ولغداً نص البند الرابع عشر من المادة المذكورة عديم الفائدة والجدوى بل مجرد لغو ينزه عنه المشرع . "

" ومن حيث إن متى كان الأمر كذلك ، وكانت محاكم مجلس الدولة قد أصبحت بمقتضى الدستور والقانون صاحبة الولاية فى المنازعات الإدارية وكانت المنازعة الماثلة قائمة بين إحدى الجهات العامة التى تتولى إدارة ..... وبين أحد موظفيها ، حول قرار منها بمنعه من السفر إلى الخارج وهو تصرف تتجلى فيه وجه السلطة العامة ، فمن ثم تعتبر هذه المنازعة بحق منازعة إدارية يختص بنظرها القضاء الإدارى . "

حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٤٥ ق الصادر عليه ١٩٨٢/١/١٦ .

" المكتب الفنى - س ٢٧ ص ٢٤٧ .

٤- دكتور إسماعيل البدوى - دعائم الحكم فى الإسلام - ص ١١١

- دكتور حسنى السيد بسيونى - الدولة ونظام الحكم فى الإسلام - عالم الكتب ١٩٨٥ .

- رسالة الدكتوراة المقدمة من السيد / كريم يوسف أحمد فى الحريات العامة فى والأنظمة السياسية المعاصرة - جامعة القاهرة - ١٩٨٧ .

(٥) وقد نص قرار وزير الداخلية رقم ٨١٢ لسنة ١٩٦٩ على الا يدرج على القوائم إلا الأشخاص الطبيعيون فى الحالات الآتية :

١- الأسباب السياسية : يتم الإدراج بناء على طلب جهات الأمن .

٢- النشاط الجنائى : يتم إدراج المتهمين فى قضايا الجنح الهامة بناء على النائب العام . ويتم الإدراج بالنسبة للمحكوم عليهم بأحكام نهائية بعقوبة الجناية بناء على طلب النيابة العامة المختصة . ويتم إدراج الخطرين على الأمن العام بناء على طلب مصلحة الأمن العام .

٣- النشاط الوظيفى : بناء على طلب الأمن القومى وذلك فى حالة وجود نشاط ضار عند إنهاء خدمة العاملين بالحكومة .

٤- عدم أداء الضرائب بناء على أمر من النيابة العامة فى حالة وجود جريمة ضريبية .

كما نصت المادة الأولى من قرار وزير الداخلية رقم ٩٧٥ لسنة ١٩٨٣ بشأن تنظيم قوائم الممنوعين من السفر على أن يكون الإدراج فى قوائم الممنوعين من السفر بالنسبة

للأشخاص الطبيعيين بناء على طلب الجهات الآتية دون غيرها :

- المحاكم فى أحكامها وأوامرها واجبة النفاذ .
- المدعى العام الإشتراكى .
- النائب العام .
- رئيس المخابرات العامة .
- مدير المخابرات الحربية .
- مدير إدارة الشئون الشخصية للقوات المسلحة .
- المدعى العام العسكرى .
- مدير الإدارة العامة لمباحث أمن الدولة .
- مدير مصلحة الأمن العام .

ويجب أن يكون الإدراج فى غير حالات طلب المحاكم صادراً من رئاسة الجهات المتقدمة دون غيرها .

٦- الطعون أرقام ١٨٣٤ ، ١٨٤٩ ، ١٩٤٩ ، ١٩٩٩ لسنة ٥١ قضائية جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ السنة ٣٣ ص ١٢٧٩ .

- الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ قضائية - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٨ س ٢٩ ص ١٩٤٣ .

٧- الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٥٣ قضائية جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ ، لم ينشر بعد .

٨- د. إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - طبعة ١٩٧٤ بند ١٦ .

د. فتحى والى - وسيطة فى القضاء المدنى - ص ٤٤ .

الأستاذ محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - الطبعة الثانية ١٩٧٨ ص ١٢٢ .

٩- الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٩٨٨/١١/١٥ ، لم ينشر بعد .

- وأنظر أيضاً مذكرة نيابة النقض المدنى فى الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٨ قضائية وقد تعلق هذا الطعن بأمر وقتى بالمنع من السفر وإنتهت النيابة فى رأيها إلى بطلان هذا الأمر لصدوره من قاضى غير مختص وعلى خلاف حكم الدستور .

جرائم التصنت والتقاط الصور
م٣٠٩ مكرر. ٣٠٩ مكرر (أ) عقوبات

للسيد الاستاذ
أحمد جمعه شحاته
المحامى بالنقض

ـ سبق أن ذكرنا فى البحث السابق المنشور بمجله المحاماه فى العددان السابع والثامن سنة ١٩٩٠ عن مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية أن الفرد هو محور القانون . فالتشريعات تسعى فى تنظيماتها الى حمايته وتحقيق مصالحه التى هى فى النهايه تمثل مجموعة من مصالح المجتمع ككل . بحث يكون من السهل الميسور دائما أقامه نوع من التوازن العادل بين المصلحتين.

ـ أن التقدم العلمى قد بلغ شوطا كبيرا فى ميادين شتى . وأن لاكتشاف الميكروفون والتليفون فى منتصف القرن الماضى دور كبير فى أختراع كثير من الآلات التى تسمح باجراء التصنت الخفى . وجاء أكتشاف العصر الحديث للترانزستور سنة ١٩٤٨ فأصبحت الآلة الالكترونيه بصغر حجمها وقلة تكلفتها ذات خطوره بالغة .

ـ ولما كان هذا التقدم التكتولوجى الهائل أصبح يمثل تهديداً خطيرا للحياة الخاصه للانسان نظرا لما تقدمه الأجهزة الحديثه من امكانيات التلصص والتجسس التى تنفذ الى حياة الانسان الخاصه . فتصورها وتسجلها بغير علم صاحبها . ومن ثم كان لابد للمشرع الجنائى أن يتدخل لتجريم مثل هذه الأفعال .

ـ حتى أن يمكن للمرء أن يقرر دون مبالغة أن الحياة الاجتماعيه تعانى من داء ما يسمى التطفل على الحياة الخاصة وانتهاكها .

ـ ففى فرنسا صدر القانون ٦٤٣ ـ ٧٠ فى ١٧ يوليه سنة ١٩٧٠ بشأن حماية حقوق الافراد وحرياتهم . اذ أضاف خمس مواد جديدة الى قانون العقوبات من (٣٦٨ ـ ٣٧٢) تعاقب على الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد بالتصنت أو تسجيل الاحاديث أو التقاط الصور أو انشائها ونشر المونتاج بأى وسيله كانت دون موافقة المجنى عليه .

ـ ولقد تأثر المشروع المصرى بالمشروع الفرنسى وأصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ والذى بمقتضاه أضيفت المواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكررا فى باب القذف والسب .

ـ ويمكن أن نطلق على الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٢٩ مكرر ، ٣٠٩ مكررا جرائم الاعتداء على الحق فى احترام الحياة الخاصة .

ـ ولقد سبق أن انتهينا فى البحث السابق الى مشروعية تسجيل المحادثات التليفونيه بالضوابط والشروط السابق ايضاحها ، ويعتبر هذا البحث

هو الوجه الآخر للمشروعية أى عدم مشروعية الالتجاء الى تسجيل المحادثات بعيدا عن الشروط والضوابط التى أوجبها المشرع للسماح بمراقبة الاحاديث التليفونيه أو الخاصة .

وسنعرض هذا الموضوع فى ثلاثة أقسام :

القسم الأول: تعريف الحياة الخاصة .

القسم الثانى: الأحكام الخاصة بجرائم الاعتداء على الحياة الخاصه فى القانون الجنائى المصرى . وينقسم الى ثلاثة مباحث .

المبحث الاول: جريمة أستماع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة .

المبحث الثانى: جريمة التقاط أو نقل الصورة .

المبحث الثالث: جريمة الاحتفاظ أو أنشاء أو أستعمال الاحاديث أو الصور المتحصل عليها بطريقة غير مشروعه أو التهديد بها .

القسم الثالث: جريمه أستعمال التسجيل أوالمستند أو الاحتفاظ

القسم الاول: الماهية القانونية للحق فى الحياة الخاصة .

البحث فى الماهية القانونية للحق فى الحياة الخاصة أمر غير ميسور لصعوبة تحديد مدلول الحياة الخاصة .

ـ أن فكرة الحياة الخاصه تعكس جوانب متعددة لحياة الانسان . ففى اللغة الفرنسيه لايذكر الحياة الخاصة وأنما يذكر كذلك تعبير (دائرة السرية) و (الحق فى الخلوة) و (الحق فى حرمة الحياة الخاصة) و (الحق فى حرمة الحياة الخاصة) و (حق الفرد فى الزود عن فرديته) . وفى اللغة الانجليزية يذكر تعبير (الخصوصية) أو (دائرة الحياة الخاصة) .

ـ والواقع أن فكرة الحياة الخاصة مازالت تعتبر من الأمور الدقيقة التى تثير جدل فى القانون . لذلك يصعب تعريفها فى صيغة دقيقه وافية لها . لأنها فكرة مرنه تحكمها معايير وعادات وتقاليد المجتمع الذى ينتمى اليه الفرد . فهذه الاشياء تتغير من مجتمع الى آخر ومن شخص الى آخر .

ـ ومن الواجب وضع تعريف للحياة الخاصة حتى يمكننا تحديد العناصر التى تغطيها هذه الفكرة ولم تضع التشريعات تعريفا للحق فى الحياة الخاصة . ولقد أحجم كثير من الفقهاء عن التصدى لهذه المسألة رغبة فى ترك تحديدها للقضاء .

ـ والواقع أننا نتفق مع الفقهاء القائلين بأن الحياة الخاصه والحياة العامة هى تعبيران لا يتجزأ . ويتحدد معنى كل منهما بالنظر الى الاخرى .

ـ وسنقتصر هنا على دراسة تعريف الحياة الخاصة كما تكشف لنا دراسة الفقة والقضاء المقارن . وخاصه الفرنسى .

ـ ويدور تعريف الحياة الخاصه حول ثلاث أفكار رئيسية :

١ ـ فكرة السرية .

٢ ـ فكرة السكينة .

٣ ـ فكرة الألفة .

١) فكرة السرية :

ترتبط السريه ارتباطا وثيقا بفكر الحياة الخاصة . فالحياة الخاصة كما يقول د . أحمد فتحى سرور " قطعه خاليه من كيان الانسان لا يمكن أنتزاعها منه والا تحول الى أداة صماء خالية من القدرة على الابداع الانسانى .

فالإنسان بحكم طبيعته له أسراره الشخصية ومشاعره الذاتية . وصلاته الخاصة . وخصائصه المميزة . ولا يمكنه أن يتمتع بهذه الملامح الا فى أطار مغلق يحفظها ويهيء لها سبيل البقاء وتقتضى حرمة هذه الحياة أن يكون للانسان حق فى أضفاء السريه على مظاهرها وآثارها . ومن هنا كان الحق فى السريه وجها لازما للحق فى الحياة الخاصة لا ينفصل عنه .

ـ ولقد أورد القانون المصرى تطبيقات لهذا الحق متعلقة بسرية المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات الهاتفيه . وحرمه المسكن وانشاء الاسرار وتدخل المشرع الجنائى المصرى لحمايتها .

ـ فمما لاشك فيه أن حماية الحياة الخاصة لا تتحقق الا عن طريق السرية التى تكتنف كل واقعة لها صلة بالحياة الخاصة .

ـ كما يرى بعض الفقهاء أن الحياة الخاصة داخله أساسا فى نطاق السرية التى تكون للشخص على بعض أنشطته .

ـ ونرى مدى ارتباط التوسع فى مفهوم الحياة الخاصه بأتساع رقعة الحرية السياسية وارتباط المجتمع بنظام الاقتصاد الحر . حتى أن المشرع تدخل لحماية الذمة المالية للفرد بالنص على سريه الحسابات لدى البنوك . وهذا ما يدل على أن الفكر الجنائى الحديث يتجه الى التوسع فى مفهوم الحياة الخاصة للفرد .

ـ ويعنى بالسرية لغة . كل أمر ليس بمعلن . أو كل ما يميل المرء الى اخفائه عن الآخرين . ويعنى التزام الغير بعدم أفشاء السر .

ـ وقد أكد القضاء الفرنسى فى أكثر من مناسبة أن نشرالوقائع المتعلقة بالحياة الخاصة . لا يتحقق الا اذا كان هناك أذن صريح لا غموض فيه من صاحب السر .

٢) فكرة السكينة :

لاشك أن فكرة الحق فى الحياة الخاصة لها ارتباط وثيق بفكرة السرية والسكنية .

ـ وفكرة السكينة تشمل احترام سرية الحياة الخاصه والا متناع عن تعكير الحياة الخاصة والخوض فيها .

ـ واذا تناولنا بالتدقيق بعض أحكام القضاء الفرنسى التى صدرت بمناسبة الحق فى أحترام الحياة الخاصة نجد أنها تؤكد على منع أعتداء الآخرين الذى يعكر هدوء وسلامة وسكينة الفرد .

ـ ولقد تعرضت المحكمة الادارية فى مصر لمسألة ذات أرتباط وثيق بالحق فى الحياة الخاصه فى القضيه رقم ٢٧١ سنة ٣ ق . وكان ذلك بشأن مدرسة تقيم فى القسم الداخلى فى مدرسة للبنات . وقد ضبط عضو الرقابة الادارية أثناء

التفتيش مذكرة خاصة بها كانت قد سردت فيها علاقة عاطفية ربطتها بأحد الرجال فى غير أوقات العمل . وقد فصلت المدرسة من عملها أستنادا الى أن هذا السلوك يعتبر مخلا بوظيفتها . وأنها لا يجوز أن تسلك هذا المسلك الذى دونته فى مذكرتها . وقد قضت المحكمة الادارية بالغاء فصل المدرسة .وجاء بحيثيات حكمها الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٦ أنه :

" اذا خلت المدعيه الى نفسها ، وأعملت تفكيرها وظلت تخاطب ذاتيتها وتناجيها فى مفكرة خاصه . وتخففت من القيود فى التعبير عن خواطرها . كفتاة فى سن ماقبل الزواج . وتبسطت فى هذا الحديث الذى يلجأ اليه المرء فى العادة كلما خلا الى نفسه فاستهدفت أن تنفس عن نفسها أو تحاسبها دون أن تقصد رصد الحقيقه ثم أستودعت هذه المفكرة مكمن سرها . فأنه لاتثريب عليها فى خلوتها هذه مادامت لم تتخذ من المظاهر الخارجية ما تمتد اليه القانون . وبالتالى ليس للمحقق أن يتصيد الدليل من مستودعات الأسرار . . . "

٣) فكرة الألفة :

يعد هذا العنصر هو من أهم العناصر جميعا . فهو جوهر الحق فى الحياة الخاصة .

ـ ومعنى الألفة لغوياً " العمق الخفى لداخل الانسان وهو ما يسمى ضمير الشخص ويراد بها أيضاً تلك العلاقة الوطيدة التى تكون بين شخصين ويعبر عنها بخلة أو ألفة الحياة الخاصة " .

ـ وعرفها الاستاذ كاربونيه بأنها " الدائرة السرية للحياة . والتى يكون للفرد فيها سلطة إبعاد الآخرين " .

ـ ولقد ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسى الى تأييد هذه الفكرة . والملاحظ أنه فى كل مرة يجازى فيها القضاء الفرنسى الاعتداء على الحياة الخاصة يكون ذلك بسبب وجود انتهاك غير مشروع لوقائع متعلقة بالألفة . سواء كان الامر يتعلق بذكريات خاصة أو بالحياة الزوجية أو العائلية .

ويعرف الدكتور ممدوح خليل الحياة الخاصه بأنها :

" هى النطاق الذى يكون للمرء فى إطاره مكنة الانسحاب أو الانزواء عن الآخرين . بقصد تحقيق نوع من السكينة والحفاظ على سرية الحياة الخاصة " .

ونرى أن الحياة الخاصه هى :

" مجموع من مكونات الشخصية المادية والمعنوية اللصيقة بالمرء والتى يحيطها بمظاهر السرية بغية تحقيق الهدؤ والسكينة لنفسه .

القسم الثانى : الاحكام الخاصة بجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة .

حرص الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ . فى إطار الحماية الدستورية لحقوق وحريات المواطنين وحمايتهم من اعتداء السلطات الحاكمة على كفالة حرمة الحياة الخاصة باعتبارها حقا أساسيا للانسان يحميه من تدخل السلطات والافراد .

ـ فنص على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون (م ٤٥) وأعتبر أن أى إعتداء عليها جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم (م٥٧) .

ـ ولقد تدخل المشرع الجنائى لتحقيق الحماية التى نص عليها الدستور . فأصدر المشرع القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ (الخاص بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين فى القوانين القائمة) . الذى أضافت مادته الثانية الى قانون العقوبات (الباب السابع من الكتاب الثالث المعنون (القذف والسب وافشاء الاسرار) مادتان جديدتان برقمى ٣٠٩ مكرر و ٣٠٩ مكرر أ .(تقابل المادتان ٣٦٨ ، ٣٦٩ من قانون العقوبات الفرنسى) .

ـ ولقد جرم المشرع ولأول مرة فى التشريع المصرى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة عن طريق استراق السمع أو تسجيل محادثات تجرى فى مكان خاص ، والتقاط أو قتل صورة شخص فى مكان خاص بجهاز من الاجهزة أو اذاعة أو تسهيل اذاعة أو استعمال هذه التسجيلات والمستندات المتحصل عليها أو التهديد بها .

ـ ونزولاً على حكم المادة ٥٧ من الدستور تدخل المشرع الجنائى أيضا وأضيف الى نص المادة ١٥ من قانون الاجراءات الجنائية فقرة جديدة تتضمن استثناء الجرائم التى نص عليها قانون العقوبات فى المواد ١١٧ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ من أحكام إنقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة .

ـ وقد أقتضى استثناء هذه الجرائم من قاعدة انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة تعديل الماده ٢٥٩ من قانون الاجراءات الجنائية التى تنص على انقضاء الدعوى المدنية بمضى المدة المقررة فى القانون المدنى فنص على استثناء الجرائم المشار اليها فى المادة ١٥ من قانون الاجراءات الجنائية من قاعدة انقضا الدعوى المدنية بمضى المدة .

ـ وبهذه النصوص التى اضافها القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ الى قانون العقوبات والاجراءات أقام الشارع الحماية الجنائية الموضوعية والاجرائية حول الحق فى الحياة الخاصة .

ـ ونصوص المادتين ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ تعادل المادتان ٣٦٨ ، ٣٦٩ من قانون العقوبات الفرنسى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٠ . مع ملاحظة أن القانون الأخير لم ينص على جريمة التهديد بالافشاء التى نص عليها المشرع المصرى فى المادة ٣٠٩ مكرر أ .

وتنص المادة ٣٠٩ مكرر على أن :

" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من أعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن ، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية فى غير الاحوال المصرح بها قانونا أو بغير رضاء المجنى عليه .

أ) أسترق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الاجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون .

ب) التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص فى مكان خاص .

ـ فاذا صدرت الأفعال المشار اليها فى الفقرتين السابقتين أثناء أجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين فى ذلك الاجتماع فان رضاء هؤلاء يكون مفترضا .

ـ ويعاقب بالحبس الموظف العام الذى يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة إعتمادا على سلطة وظيفته .

ـ ويحكم فى جميع الأحوال بمصادرة الاجهزة وغيرها مما يكون قد أستخدم فى الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو أعدامها .

وتنص المادة ٣٠٩ مكرر أ : [١]

"يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل اذاعة أو استعمل ولو فى غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن.

ـ ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بافشاء أمر من الأمور التى تم التحصل عليها بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن.

ـ ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بافشاء أمر من الأمور التى تم التحصل عليها بأحدى الطرق المشار اليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه .

ـ ويعاقب بالسجن الموظف العام الذى يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة أعتمادا على سلطة وظيفته .

ـ ويحكم فى جميع الاحوال بمصادرة الاجهزة أو غيرها مما يكون قد أستخدم فى الجريمة أو تحصل عنها ، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة أو إعدامها . وتقتضى دراسة هذه الأحكام أن بقسمها الى ثلاثة مباحث.

١) **المبحث الاول :** جريمة أستماع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة .

٢) **المبحث الثانى :** جريمة التقاط أو نقل الصورة .

٣) **المبحث الثالث :** جريمة الاحتفاظ أو افشاء أو استعمال الاحاديث أو الصور المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة والتهديد بها .

المبحث الاول

جريمة أستماع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة يشترط لقيام الجريمة المتعلقة بالحصول على الحديث . أن يكون هناك موضوع يتمثل فى الحديث الذى يجرى فى مكان خاص أو عن طريق التليفون . وكذلك نشاط يتمثل فى فعل الاستراق أو التسجيل أو النقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه ثم توافر القصد الجنائى .

اولا : أن ينصب الفعل على حديث خاص :

أعتبر المشرع أن الحديث الخاص يدخل فى دائرة الحياة الخاصة لصاحبه . وقدر جدارته بالحماية الجنائية من الحصول عليها بغير رضاء صاحبه سواء عن طريق استراق السمع أم عن طريق تسجيله بأى طريقة .

ـ والحديث عبارة عن كل صوت له دلالة التعبير عن مجموع من المعانى والافكار المترابطة . فإذا كان هذا الصوت فاقد الدلالة على أى تعبير كالهمهمة والصيحات فلا يعد حديثا . أنما يستوى بعد ذلك أن تكون هذه الدلالة مفهومة لجمهور الناس أو لفئة محدودة منهم ويستوى أن يجرى بلغة أو يدور بالشفرة اذ الشفرة فى حقيقتها لغة .

ـ وعلى ذلك لا يعد حديثا الصوت الذى وأن أعطى دلالة فلا يعطى دلالة التعبير عن مجموع من المعانى والأفكار المترابطة كاللحن الموسيقى .

ـ وعبر المشرع عن الحديث الخاص بقوله " محادثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون " وهذا معناه أن المشرع المصرى اعتبر الحديث خاصاً اذا أجرى فى مكان خاص أو عن طريق التليفون . وأنه لم يأخذ بموضوع الحديث كمعيار لتحديد طبيعته . وأنما يتخذ من مكان حدوثه قرينة لا تقبل اثبات العكس على طبيعته . فيكون الحديث خاصا اذا جرى فى مكان خاص أو فى التليفون ولوتناول موضوعا عاما لا علاقة له بالحياة الخاصة لقائله . ويعتبر الحديث عاما اذا جرى فى مكان عام ولو تناول أخص شئون قائله وأسراره . وهو معيار يتسم بالوضوح . كما أن له ما يبرره وهو أن الحديث الذى يلقى به الشخص فى مكان عام يكون متاحا للكل سماعه ولا يمثل تسجيله أو نقله عدوان على الحياة الخاصة لقائله ولو تناول أخص أسراره .

ويلاحظ أن المشرع قد وضع قرينة مطلقة أضفى عليها الصفة الخاصة على كل حديث تم عن طريق التليفون .

ثانيا : وأن المشرع قد جرم صورتين :

الصورة الاولى : فعل التصنت والتسجيل والنقل عن طريق جهاز من الاجهزه ايا كان نوعه

فيلزم لقيام الجريمة أن تتحقق أحد الأفعال الآتية :

١) التصنت أو أستراق السمع أى الاستماع الى حديث خلسة .

ـ أما التسجيل فيقصد به حفظه على الاشرطه المخصصة لذلك والتى يتم بواسطتها إعادة الاستماع اليه .

ـ والنقل يقصد به نقل الحديث من المكان الذى يدور فيه الى مكان آخر بواسطة أجهزة أستماع أو ميكروفونات .

٢) وأن تكون هذه الافعال قد تمت عن طريق جهاز من الاجهزة أيا كان نوعه . أى أن المشرع قد ترك الباب مفتوحا لأن التقدم العلمى لا يتوقف . وحسب ماقد يصل اليه العلم فى المستقبل .

ـ ويرى الاستاذ الدكتور محمد زكى أبو عامر أن التصنت أو استراق السمع يتم عن طريق أستخدام الاذن وحدها دون حاجه الى الاستعانه بأى جهاز . وأعتبر أن من يرتكب فعل أستراق السمع وحده مرتكب لجريمة المادة ٣٠٩ مكرر .

ـ على عكس ما يقول به

الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ونحن نتفق مع هذا الرأى لأنه يعبر عن رغبة المشرع . والتطبيق الصحيح لاحكام المادة ٣٠٩ مكرر لأنها أشترطت فى الركن المادى لهذه الجريمة أن يتم فعل أستراق السمع والتسجيل والنقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه. ومن المعلوم أن أذن الانسان لا توصف بالجهاز أنما هى حاسة من الحواس وهذا ما لم يقصده الشارع . وأن المشرع لم يقصد تحريم حالة استراق السمع بطريق الاذن . رغم مخالفة ذلك لقواعد الاداب العامة ومخالفة ذلك لاحكام الشريعة الاسلامية .

والصورة الثانية : التقاط او نقل الصورة :

والمقصود بالصورة هو كل أمتداد ضوئى لجسم أمتدادا يدل عليه . وقد يكون شيئا كصورة شئ أو مستند .

ـ ولا يحمى القانون فى جريمة الماده ٣٠٩ مكرر الا صور الاشخاص .

أما صور الاشياء ولو كانت مستندات بالغة الاهمية فلا يحميها القانون بهذا النص .

ـ وأعتبر المشرع صورة الشخص كحديثه الخاص . من الامور التى تدخل فى حياته الخاصة . وقدر جدارتها بالحماية الجنائية من الحصول عليها بغير رضاء صاحبها .

ـ وأعتبر المشرع المصرى أن الصورة تكون خاصة اذا التقطت أو نقلت من مكان خاص . بينما تكون عامة اذا التقطت أو نقلت من مكان عام ولو كان فى وضع لا يريد لغيره أن يطلع عليه وهى تفرقة سبق أن تعرضنا لها بصدد الحديث .

فمناط الحماية هو وجود الانسان فى مكان خاص .

ـ وتقوم الجريمة بفعل الالتقاط أو النقل . أى يكفى تحقق أيهما لقيام الجريمة .

ـ والالتقاط فى اللغة :

الأخذ من حيث لا يحس . والتقاط الصورة المحقق لمعنى أخذها يعنى تثبيتها على مادة حساسة . " نيجاتيف " ومجرد التقاط الصورة أى بمجرد تثبيتها يتحقق الركن المادى للجريمة . لذا تقع الجريمة تامة فى ركنها المادى حتى ولو لم يكن باستطاعة الجانى فنيا معالجة النيجاتيف كيميائيا لاظهار الصورة الكامنة . أو لا ينتوى الجانى ذلك . ولا يؤثر فى قيام الجريمة أن يجرى بعد التقاطها تشويها أو وضع رتوشا على النيجاتيف ليضفى على الصورة مظهراً هزلياً أو مغايراً .

ـ ونقل الشئ فى اللغة تحويله من موضع الى موضع . ويعنى نقل صورة الشخص تحويلها أو ارسالها من مكان تواجده الى مكان آخر عاماً كان أم خاصا بحيث يتمكن الغير من مشاهدة قسمات شكله وما يأتيه من حركات وأفعال .

ـ وبذا ينطوى نقل الصورة على معنى التقاطها ونقلها متزامنين وأشترط الشارع أن تكون الصورة قد أخذت أو نقلت بواسطة آلة أيا كانت .

ـ ومؤدى ذلك أن التجسس

أو التلصص بالرؤية على شخص فى مكان خاص لا تقوم به الجريمة . وكذلك لا يقع تحت طائلة هذا النص رسم صورة شخص مهما بلغت دقتها أو نحتها . . لأن الاداة المستخدمة هنا لا تعد من قبيل الأجهزة التى حددها النص انما هى مجرد أدوات .

ـ ولا أهمية لنوع الجهاز فيستوى أن يكون آلة تصوير فوتوغرافى أو كاميرا أو جهاز للتصوير التليفزيونى . . " أيا كان نوعه . ويمكن أن يندرج تحته كافة المستحدثات التكنولوجية فى هذا المجال .

ـ كما يستوى أن يكون مكان وجود الجهاز عاما أو خاصا .

ثانيا : أن يكون ارتكاب هذه الافعال بغير رضاء المجنى عليه

تطلب الشارع المصرى لقيام جريمة المادة ٣٠٩ مكرر أ أن تكون هذه الافعال قد وقعت بغير رضاء المجنى عليه . ومن هنا كان عدم الرضا عنصراً ماديا فى النموذج القانونى للجريمة .

ـ وأعتبار الرضا معدماً للركن المادى للجريمة أمر تفرضه طبيعة فكرة الخصوصية المستهدف حمايتها فليس مقبولا من قبل صراحة أو ضمناً تدخل الغير فى حياته الخاصة أن يدعى المساس بحرمتها .

ـ ويرى أستاذنا الدكتور / محمود نجيب حسنى أن رضاء المجنى عليه يعد سببا للاباحة .

ـ ويشترط فى الرضاء المعدم للركن المادى أن يكون معاصراً لفعل التصنت أو التسجيل أو الالتقاط أو النقل فان كان سابقا تعين أن يظل قائما حتى لحظة وقوعها . أما الرضاء اللاحق فلا ينفى قيام الجريمة فى القانون المصرى .

ـ كما يلزم أن يصدر الرضاء عن صاحب الحق أو من يمثله قانونا عن حرية وأدراك لمدى وآثار رضائه . ويستوى أن يكون صريحاً أو ضمنياً .

ـ وعبء اثبات صدور الرضا وشروطه يقع حسب القاعدة العامة للاثبات فى المواد الجنائية على عاتق سلطة الاتهام أو المدعى بالحق المدنى .

ـ ولقد أقامت المادة٣٠٩ مكرر قرينة على الرضا بما نصت عليه من أنه أذا كان التقاط أو نقل الصورة قد تم اثناء أجتماع على مرأي ومسمع من الحاضرين فى ذلك الاجتماع فأن رضاء هؤلاء يكون مفترضا .

ـ غير أن أكثر الفقه أجمع على أن هذه القرينة بسيطة تقبل أثبات العكس . فافتراض الرضا لا يكون له محل اذا التقطت الصورة فى غفلة من الحاضرين فى الاجتماع أو بعضهم . أو اذا لم يكن باستطاعة أحدهم التعبير عن اعتراضه خشية سطوة المتهم .

الركن المعنوى :

سنتكلم عن هذا الركن عند حديثنا عن الركن المعنوى فى جريمة المادة ٣٠٩ مكرراً

القسم الثالث : جريمه أستعمال

التسجيل أو المستند أو الاحتفاظ أو إفشاء محتوياته (٣٠٩ مكرر أ ع) نصت المادة ٣٠٩ مكرر أ في القانون المصرى على عقوبة الحبس :

" كل من أذاع أو سهل اذاعة استعمل ولو فى غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن ويعاقب بالسحن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بافشاء أمر من الامور التى تم التحصل عليها بأحدى الطرق المشار اليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه . ويعاقب بالسجن الموظف العام الذى يرتكب أحد الافعال المبينة فى هذه المادة أعتماداً على سلطة وظيفته " .

ـ ولاشك أن هذا التجريم من قبل المشرع له ما يبرره . فإن الجانى لا يقدم على إنتهاك حرمة الحياة الخاصة للغير لمجرد الفضول وحب الاستطلاع . بل يستهدف أكثرهم الاستفادة من وراء ذلك بطريقة أو بأخرى . ابتداء من النشر بقصد الحصول على ربح مادى أو منفعة الى حد التهديد فيما بعد بالافشاء

ـ ولما كانت هذه الجريمة ناتجة عن جريمة أخرى سبق أقترافها أى جريمة المادة ٣٠٩ مكرر عقوبات . كان معنى ذلك ربط تجريم أستغلال تسجيلات الاحاديث أو التقاط الصور عن طريق الافعال المقررة في الجريمتين السابقتين . وبعبارة أوضح فإنه لقيام جريمة المادة ٣٠٩ مكرر (أ) يفترض توافر شروط سابقة على قيامها وشروط لاحقة على قيامها . ويمكن أن تطلق على الأولى الشروط المفترضة للجريمة .

ـ وأن كان التعريف بالشروط المفترضة للجريمة ليس موضوع هذه الدراسة الا أننا سنوجز فى أيضاحها بما يفيد فى هذه الدراسة .

الشروط المفترضة :

تتمثل هذه الشروط فى العناصر القانونية السابقة على تنفيذ الجريمة (سلبية كانت هذه العناصر أو ايجابية) والتى يتوقف عليها وجود أو إنتفاء الجريمة حسب الوصف المقرر لها فى نص التجريم . بحيث اذا تخلفت هذه الشروط خضعت الواقعة المرتكبة لنص تجريم آخر لا يستلزم توافر هذه الشروط .

ـ مثال أن يتطلب المشرع صفة معينة فى مرتكب الجريمة مثل صفة الموظف العام فى جريمة أختلاس الاموال العامة وصفة الطبيب فى جريمة الاجهاض . وأن يكون المال المستولى عليه مملوكاً للغير فى جريمة الغصب.

ـ وقد تكون الشروط المفترضة متمثلة فى واقعة قانونية سواء مدنية أو جنائية . ومن أمثلة الشروط المفترضة التمثلة فى واقعة مدنية يذكر الفقه وضع اليد القانونى بالنسبة لجريمة أنتهاك حرمة ملك الغير (م/٣٦٩ع وما بعدها) . ومن أمثلة الشروط المفترضة المتمثلة فى واقعة جنائية أن يشترط المشرع لقيام الجريمة سبق

وقوع جريمة أخرى تعتمد عليها وتستمد منها بعض عناصرها .

مثال ذلك جريمة أخفاء الاشياء المتحصلة من جناية أو جنحة (م ٤٤ مكرر ع) .

ـ وقد تكون الشروط المفترضة متمثلة فى صفة قانونية أو مادية وقد تعلق بفاعل الجريمة أو بالمجنى عليه أو بمحل الجريمة .

ـ والشروط المفترضة اذاً مركز قانونى يختلف عن أركان الجريمة القانونية . عن النموذج القانونى للجريمة . وأنه سابق على وقوع الجريمة .

ـ وبالنسبة لجريمة المادة ٣٠٩ مكرر وهى تجرم إستغلال التجسس أمر مرتبط بوجود تسجيلات أحاديث أو التقاط صور عن طريق وأحد من الأمور المنصوص عليها فى الماده ٣٠٩ مكرر .

ـ وهذا يعنى أن جريمة المادة ٣٠٩ مكرر أ لا تقوم الا إذا كانت المحادثات أو الصور المذاعة أو المسهل إذاعتها أو المستعملة قد تم الحصول عليها وفقاً للشروط المنصوص عليها فى المادة ٣٠٩ مكرر . اذا أن هذه الجريمة (٣٠٩ مكرر أ) تفترض توافر كافة شروط الجريمتين السابقتين .

ـ ويترتب على ذلك أنه اذا كان قد تم التقاط الصورة أو تسجيل الاحاديث برضاء المجنى عليه . فأن جريمة مادة ٣٠٩ مكرر أ لا تقع . لانها تكون قد فقدت شرطا من الشروط المفترضة التى يجب تحققها .

أركان جريمة م ٣٠٩ مكرر أ :

الركن المادى :

ـ حدد المشرع النشاط الاجرامى فى عناصر ثلاثة هى الاذاعة أو تسهيل الاذاعة أو الاستعمال ولو فى غير علانية .

ـ وتعنى الاذاعة لغة النشر والاظهار . ومن ثم فهى تفترض بطبيعتها العلانية . وتتحقق بتمكين عدد غير محدود من الناس من العلم أو الاطلاع على فحوى المستند أو التسجيل سواء تعلق بحديث أو صورة .

ـ وتسهيل الاذاعة يراد تيسيرها . ويتحقق بتقديم العون والمساعدة أيا كانت صورتها الى من يقوم بالاذاعة .

ـ أما الاستعمال فيقصد به أستخدام التسجيل أو المستند لتحقيق غرض ما . وله فى هذه الجريمة ذات مدلوله فى جريمة أستعمال المحررات المزورة . ولا يشترط الشارع أن يتم الاستعمال علنا . فتقع الجريمة حتى ولو كان الاستعمال فى غير علانية . أما التهديد بالافشاء فقد تطلب المشرع المصرى لقيام هذه الجريمه أن ترد على موضوع قوامه أمر من الامور التى تم التحصل عليها بأحدى الطرق التى نصت عليها المادة ٣٠٩ مكرر .

ـ وينبغى لهذه الجريمة كذلك ركن مادى قوامه التهديد بالإفشاء ويعنى بالتهديد الضغط على ارادة المجنى عليه عن طريق الوعيد بشر معين سوف يصيبه .

ويتمثل الشر هنا فى عملية الافشاء التى غالبا ما تكون منطوية على أمر فيه ما يشير الى شخص المجنى عليه . ويستوى فى ذلك أن يكون شفويا أو كتابيا .

ـ على أنه اذا كان التهديد كتابيا وكان موضوعه أمر من الامور التى تخدش الشرف . فان هذا ينطوى على تعدد معنوى بين هذه الجريمة (م٣٠٩ مكرراً) والجريمة المنصوص عليها فى المادة (٣٢٧ ع) وبوقع على المتهم أشد العقوبتين .

ـ **الركن المعنوى** : فى جرائم المادتين ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ .

ـ يلزم وفقا للقواعد العامة حتى تقوم المسئولية الجنائية عن أحدى جرائم الاعتداء على الحريه الشخصية توفر الركن المعنوى للجريمة .

ـ ويقوم القصد الجنائى بانصراف ارادة الفاعل الى إرتكاب الفعل المشكل للجريمة مع العلم بكافة العناصر التى يتطلبها ركنها المادى كأن يعلم المتهم بمصدر الحصول على التسجيل أو المستند وأن من شأن نشاطه إذاعته أو تسجيل إذاعته أو إستعماله .

ولا تقوم الجريمة بالعلم اللاحق على إرتكاب فعل التسجيل أو الاذاعة أو الالتقاط .

ـ أما الاستعمال فيظل مشروعاً طالما كان علم المستعمل بمصدر الحصول على التسجيل أو المستند منتفيا . فاذا توافر علمه بذلك فى فتره لاحقة ثم استمر فى الاستعمال قامت جريمة الاستعمال فى حقه .

وعلى هذا الاساس فان القصد الجنائى فى سائر جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية يتحقق بارادة التصرف مع العلم بعدم مشروعيته على النحو السابق . فان توفر القصد فلا أهمية فى القانون للبواعث التى دفعت الفاعل الى أرتكابه هذا الفعل .

ـ ولا عبرة أيضا بالغايات التى يستهدفها الفاعل . فقد يكون مدفوعا بباعث الشفقة أو الرغبة فى خدمة السلطة مثلا . وقد تكون غايته ايذاء المعتدى عليه أو الرغبة فى خدمته . ولا يؤثر فى ذلك كله فى وجود القصد أو انتقائه .

مدى مشروعية الدليل الناجم عن استخدام الاجهزه العلمية فى أستراق السمع

يذهب الرأى الراجح فقهاً وفى القضاء المصرى الى أن الدليل الناجم عن تسجيل الحديث أو نقله أو استراق السمع غير مشروع . أستناداً الى أن المادتين ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ عقوبات قد أوضحت ضرورة محو التسجيلات المتحصلة عن أستخدام تلك الوسائل مما يوضح بجلاء لا يدع مجالا للشك رغبة المشرع الاكيدة فى ضرورة استبعاد كل أثر للدليل غير المشروع الناجم عن استخدام أى وسيلة للمسارقة السمعية أو البصرية .

ـ وقاعدة مشروعية الدليل فى قواعد الاثبات فى المواد الجنائية تستلزم عدم قبول أي دليل تم الحصول عليه بطريق غير مشروع .

ولا يجوز للقاضى الجنائى الاستناد اليه كدليل ادانة . (راجع فى ذلك البحث المنشور فى العدد سنة ١٩٩٠ عن مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية) .

ـ والخلاصة أن التسجيل ، والتصنت أو الالتقاط بغير أجراء غير مشروع بما يستتبع حتما بطلان الدليل المستمد منه وعدم جواز قبوله فى الاثبات اذا كان مشكلا لجريمة فى مفهوم المواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ .

رأى الباحث :

ـ أن المشرع المصرى قد تدخل فى مجال حماية الاعتداء على الحياة الخاصة فجرم كثير من الافعال . لم تكن تقع فى دائرة التجريم .

ـ ولقد نقل المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى هذه الجرائم فالمواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ تقابل المواد ٣٦٨ ، ٣٦٩ من قانون العقوبات الفرنسى .

ـ ولكن المشرع الفرنسى قد جرم بنص الافعال التى لم يأخذ بها المشرع المصرى ونرى أنه يجب العمل على أتساع نطاق تجريم الافعال التى تعتبر اعتداء على حرمة الحياة الخاصة . وهى :

أولا : جريمة تضييع واستيراد وتوزيع الاجهزة التى تستعمل فى تحقيق عمليات تعد أنتهاكا للحياة الخاصة . وبدون الحصول على ترخيص مسبق . ولقد نص عليها المشرع الفرنسى فى المادة (٣٧١ من قانون العقوبات الفرنسى) .

ثانيا : جريمة نشر المونتاج بأى وسيلة كانت بالكلام أو بالصورة بغير رضاء صاحبه .

وهى التى نص عليها المشروع الفرنسى فى المادة ٣٧٠ من قانون العقوبات الفرنسى .

ثالثا : نرى تعديل نص المادة ٣ من قانون الاجراءات الجنائية . بأضافة المواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ عدا الفقرة الثانية من المادة الأخيرة .

ـ لان القانون أورد عدداً من القيود على حرية النيابة فى تحريك الدعوى الجنائية عن بعض الجرائم سواء بسبب طبيعتها أو لصفة المتهم بارتكابها . وهى قيود من شأنها أن تغل يد النيابة عن التصرف فى أمر الدعوى الجنائية . الا بموافقة جهة معينة أو شخص محدد . فتعود للنيابة العامه حريتها وتمارس سلطتها فى أمر الدعوى الجنائية .

ـ وهذه الموافقة تأخذ شكل الشكوى أو صدور طلب كتابى من جهة معينة أو الحصول على أذن من جهة معينة .

ـ وترجع العلة وراء منح جهة معينة أو شخص محدد سلطة الموافقة على مباشرة النيابة للدعوى الجنائية الى أن هذه

الجهة أو هذا الشخص يكون فى موقع هو أقدر فيه على تقدير ما اذا كان من صالح المجتمع المطالبة بتطبيق أحكام القانون الجنائى أم التغاضى عن تلك المطالبة .

ـ والجرائم التى حددتها المادة ٣ أجراءات جنائية التى يوجب القانون تقديم المجنى عليه لشكوى عنها حتى تسترد النيابة العامة حريتها فى مباشرة الدعوى الجنائية . (هذا بالاضافة الى ما قد تنص عليه القوانين الجنائي الأخرى من جرائم) جريمة القذف (٣٠٣ع) وجريمة السب (٣٠٦ ع) وجريمة القذف والسب بطريق النشر (٣٠٧ ع) وجريمة القذف والسب المنطوية على طعن فى الاعراض أو خدش لسمعة العائلات (٣٠٨ ع) جريمة زنا الزوج (٢٧٧ع) جريمة زنا الزوجة (٢٧٤ ع) وجريمة ارتكاب أمر مخل بالحياء مع أمرأة ولو فى غير علانية (٢٧٩ ع) وجريمة الامتناع عن دفع النفقة (٢٩٣ع) وجريمة الأمتناع عن تسليم الصغير (٢٩٢ ع) .

ـ وقد أوردت بعض القوانين الجنائية الاخرى قيود الشكوى فى بعض جرائمها مثل المادة ٣١٢ عقوبات . خاص بجريمة السرقة بين الاصول والفروع والازواج . ـ ولما كانت جرائم المواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر (أ) عقوبات تتفق فى طبيعتها مع الجرائم التى نص عليها المشرع فى المادة ٣ من قانون الاجراءات الجنائية . لذلك نناشد المشرع الاجرائى فى ادخال المواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر (أ) فى عجز المادة ٣ من قانون الاجراءات . بعدم جواز تحريك الدعوى الجنائية فى هذه المواد الا بعد تقديم الشكوى من المجنى عليه.

ـ ولقد أستثنينا الفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ مكرر أ التى تعاقب علي جريمة التهديد بافشاء أمر من الأمور التى تم التحصل عليها باحدى الطرق المشار اليها فى المادة ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه حتى لا يستفيد الجانى فى هذه الجرائم من القيد الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٣ اجراءات جنائية الخاص بانقضاء الحق فى الشكوى بمضى مدة الثلاث شهور من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها . وبمعنى آخر رأينا إستثناء هذه الفقره من المادة ٣٠٩ مكرر أ حتى لا يستفيد الجانى من القرينة القانونية التى تستفاد من سكوت المجنى عليه عن الشكوى بعد مضى ثلاث شهور من تاريخ علمه بالجريمة ومرتكبها .

ـ لان الحكمة من ورود هذه القرينة القانونية حتى لا يتخذ المجنى عليه من حق الشكوى اذا أستمر أو تأيد سلاحاً للتهديد والابتزاز هى ذاتها موضوع الجريمة الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ مكرر (أ) وهى التهديد بالإفشاء فلا يستساغ أن يستفيد الجانى من هذه القرينة القانونية .

المراجـــع

١ - د. / محمود نجيب حسنى

شرح قانون العقوبات - القسم الخاص . جرائم الأعتاء على الأشخاص سنة ١٩٧٨ .

٢ - د. / أحمد فتحى سرور

الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية .

٣ - د. / نعيم عطيـة

حق الأفراد فى حياتهم الخاصة المنشور فى مجلة إدارة قضايا الدولة السنة ٢١ .

٤ - د. / أحمد كامل سلامه

الحماية الجنائية لأسرار المهنة .

٥ - د. / ممدوح خليل بحر

حماية الحياة الخاصة .

٦ - د. / سامى الحسينى

النظرية العامة للتفتيش .

٧ - د. / رؤوف عبيـد

مبادىء الإجراءات الجنائية .

٨ - د. / عادل غانم

كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة - المنشور فى الآفاق الحديثة فى تنظيم العدالة الجنائية المركز القومى للبحوث سنة ١٩٧١ .

٩ - د. / حامد راشد

الحماية الجنائية للحق فى حرمة المسكن .

١٠- د. / غنـام محمد

الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام .

١١- د. / هشام محمد فريد

الحماية الجنائية لحق الإنسان فى صورته .

١٢- د. محمد زكى أبو عامر

الحمايـــة الجنائيـــة للحريات الجنائية .

١٣ - د. / محمود محمود مصطفى

شرح قانون الإجاءات الجنائية .

الأثبات فى المواد الجنائية .

شرح قانون العقوبات القسم الخـاص .

١٤- د. / يسر أنور على

الإثبـات الجنـــائى ووســـائل التحقيق العلمية .

محاضرات الدبلوم سنة ١٩٧٩

١٥- د. / أدوار غـالى

التعدى على سرية المراسلات - مجموعة بحوث قانونية .

جرائم الامتناع الماسة بنظام الأسرة

للسيد الأستاذ
عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الاسكندرية

تمهيد وتقسيم :

سوف نعرض فيما يلى لجرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة وذلك فى الفصول التالية [1] .

الفصل الأول : جريمة الإمتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق فى حضانته .

الفصل الثانى : جريمة الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها .

الفصل الثالث : الأصول الاجرائية لجرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة .

الفصل الرابع : التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية فى جرائم الإمتناع المأسة بنظام الأسرة .

الفصل الأول

جريمة الإمتناع عن تسليم الصغير

لمن له الحق فى حضانته

أولاً : النصوص القانونية : ـ

تنص المادة ٢٨٤ عقوبات على أن " يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصرى كل من كان متكفلا بطفل وطلب منه من له الحق فى طلبه ولم يسلمه اليه " .

كما تنص المادة ٢٩٢ عقوبات أيضا على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصرى أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد لده الى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه وكذلك أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده الى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه وكذلك أى الوالدين أو الجدين حفظه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء . حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو أكراه "

وقد رفع المشرع الحد الاقصى لعقوبة الغرامة فأصبح خمسمائة جنيه بدلاً من خمسين جنيها . بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الصادر فى ١٩٨٢/٤/١٤ ونشر فى ١٩٨٢/٤/٢٢ .

ثانيا : أركان الجريمة : [2]

سوف نعرض فيما يلى لاركان الجريمة المنصوص عليها فى المادتين ٢٨٤ ، ١٩٢ وهى جريمة الإمتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق فى حضانته .

١ ـ *الركن المادى* : تعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة أستمراراً متتابعاً أو متجدداً بخلاف الجريمة المستمرة أستمراراً فأن الأمر المعاقب

عليه فيها يبقى ويستمر بغير حاجة الى تدخل جديد من جانب الجانى [٣] وعلى ذلك فى حالة الجريمة المستمرة أستمراراً متتابعاً فمحاكمة الجانى لا تكون الا عن الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى أما فيما يتعلق بالمستقبل فتجدد ارادة الجانى فى استمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة يصح معاقبته من أجلها مرة أخرى ولا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بسبق الحكم عليه [٤] .

والفارق بين المادتين ٢٨٤و٢٩٢ أن الأولى تشمل أى شخص سواء من الأقارب أو الغير يكون متكفلاً بطفل أما جريمة المادة ٢٩٢ فتقتصر على أن يكون الطفل بيد أى من الوالدين أو الجدين فقط .

والأصل أن الحضانة تكون لمن له الحق فيها شرعا فاذا أخذه الآخر (الأب أو الأم) ولم يقدم حكما باسناد الحضانة اليه أنطبقت المادة ٢٨٤ عقوبات عليه [٥] .

ويشترط لقيام الركن المادى للجريمة أن يكون هناك حكما نهائيا بضم الصغير [٦] فاذا كانت الحضانة محل منازعة قضائية فلا جريمة جنائية [٧] وتكون المنازعة قائمة طالما لم يصبح الحكم بالحضانة أو بضم الصغير نهائيا بعد .

والنص لا ينطبق فى حالة الامتناع عن تسليم الصغير لرؤيته تنفيذا لحكم رؤية فهو قاصر على تسليم الصغير لحضانته لمن له الحق فيها [٨] .

ومن المشكلات العملية التى تثور بمناسبة الحضانة والنزاع عليها قيام الزوج الأب عند خلافه مع زوجته الأم باحتجاز الصغير ورفض تسليمه اليها وقد جرى العمل لدى نيابة القاهرة للأحوال الشخصية على السماح للأم بالتقدم بطلب إصدار الأمر بتسليمها الصغير حيث جرى العمل على أن تصدر لها نيابة الأحوال الشخصية المختصة محليا أمراً مشمولاً بالنفاذ الجبرى بتسليمها الصغير تحت أى يد كانت ، وسند هذا الاتجاه يتحصل فى أن حضانة الصغير الذى لم يبلغ أقصى سن الحضانة تكون ثابتة للأم ثبوتا فرضيا بحكم القانون بمقتضى المادة عشرين منه وأن هذه الأحكام من النظام العام وأن على من ينازع الأم هذا الحق هو الذى يتعين عليه اللجوء الى سلوك الطريق القانونى برفع الدعوى بضم الصغير اليه اذا ما توافرت حالة من حالات إسقاط الحضانة وذلك كله رعاية لصالح الصغير باعتبار أن الحضانة يغلب فيها حق الصغير الأولى بالرعاية من النيابة المختصة بحماية القصر خاصة وأن القول بغير ذلك يؤدى الى عدم إستقرار الصغير وهو الهدف الأكبر من أهداف التشريع الجديد .

كما أن الأحكام الصادرة بإنتقال الحضانة أو بضم الصغير الى أمه تكون نافذة فورا حتى مع الطعن عليها بطرق الطعن المقررة عملا بالمادة (٣٤٥) من اللائحة الشرعية كما أنها تنفذ بالقوة الجبرية عملا بالمادة (٣٤٥) من اللائحة الشرعية [٩] أما الحكم بضم الصغير الى غير

أمه كأبيه فلا يكون قابلا للتنفيذ الا بعد صيرورته نهائيا .

واذا ما صار الحكم بالضم نهائيا وامتنع من بيده الصغير عن تسليمه يقوم فى جانبه الركن المادى لجريمة المادة ٢٨٤ و ٢٩٢ عقوبات الا اذا قام من بيده الصغير بالاستشكال فى تنفيذه فيتعين على النيابة العامة فى هذه الحالة الانتظار دون تحريك الدعوى الجنائية ضده حتى يحكم فى الاستشكال باعتبار أن الاستشكال يوقف تنفيذ الحكم بضم الصغير بمجرد رفعه حيث يخضع هذا الاستشكال فى هذه الحالة الى أحكام الاستشكالات الواردة بقانون المرافعات [١٠].

واذا اشتملت منازعة الحضانة على عنصر أجنبى أنطبقت أحكام المواد ٨٨٧ . وما بعدها من قانون المرافعات . [١١] .

٢ ـ الركن المعنوى :

أ ـ الركن المعنوى فى جريمة المادة ٢٨٤ من قانون العقوبات هو القصد الجنائى وهو قيام كل من كان متكفلاً بطفل بالامتناع عن تسليم الطفل المتكفل به الى من له الحق فى طلبه .

ب ـ الركن المعنوى فى جريمة المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات هو القصد الجنائى وهو قيام أى من الوالدين أو الجدين بالامتناع عن تسليم ولده أو ولد ولده الى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء .

ثالثا : العقوبة :

العقوبة على إرتكاب الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٤ عقوبات هى الحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصرى .

أما العقوبة على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ عقوبات فهى الحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين والجريمة الآخيرة من جرائم الشكوى ولا ترفع الدعوى على المتهم الا بناء على شكوى من صاحب الشأن .

رابعاً : القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض

بشأن تسليم الصغير لمن له الحق فى حضانته :

(أ) إحكام الدائرة الجنائية بشأن الامتناع عن تسليم الصغير قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية :

بأنه إذا انكر المتهم بالجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٤٦ ع صدور حكم بالحضانة فيجب أن يشير الحكم القاضى بمعاقبته على هذه الجريمة الى أن هناك حكما قاضيا بضم الطفل الى حضانته فإذا هو سكت عن تجلية هذه النقطة الجوهرية ففى سكوته أخلال بحق الدفاع فضلا عما يترتب عليه من تعطيل حق محكمة النقض فى مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة وذلك مما يعيبه ويبطله .

(جلسة ١٩٣٣/٥/١ طعن رقم ١١١٧ سنة ٣ ق)

كما قضت الدائرة الجنائية فى هذا الشأن : ـ بأن ادانة الحكم المتهم بأنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقا للفقرة

الاولى من المادة ٢٩٢ عقوبات ـ خطأ فى تطبيق القانون ـ نص المادة مقصور على صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظة ـ لا يصح التفسير بشمول حالة الرؤية .

وأنه . اذا كان الحكم المطعون فيه قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقاً منه الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عبارتها فى كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف عنها بطرق التفسير والتأويل الى شمول حالة الرؤية ، فان الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مم أسند اليه .

(طعن رقم ١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ س ٢٣ ص ٤٨٣)

كما قضت الدائرة الجنائية بان أختلاف حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء رؤية الاب لولده وهى فى حضانة النساء أو رؤية الام ولدها اذا كان مع ابيه أو غيره من العصبات .

بختلف كل من حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الاب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الام ولدها اذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصبات .

(طعن رقم ١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ س ٢٣ ص ٤٨٢)

الحفظعن حق الرؤية سواء أكان رؤية الاب ولده وهو في حضانة النساء أم رؤية الام ولدها اذا كان مع ابيه أو مع غيره من العصبات.

(طعن رقم١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ س ٢٣ ص٤٨٢)

كما قضت الدائرة الجنائية بأن جريمة الفقرة الاولى من المادة ٢٩٢ عقوبات ـ مناط تطبيقها ـ صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وإمتناع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه الى من له الحق فى طلبه .

وقد جرى نص الفقرة الاولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات بأن يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة أو بغرامة لاتزيد على خمسين جنيها مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولده الى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظة " فمناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه الى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار .

(طعن رقم ١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ س ٢٣ ص ٤٨٣) .

كما قضت الدائرة الجنائية بأنه من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بالرد على الدفاع ظاهر البطلان والبعيد عن محجة الصواب كما أنها لا تلتزم بالرد صراحة على أوجه الدفاع الموضوعية لان الرد عليها مستفاد من الحكم بالادانة أستنادا الى أدلة الثبوت التى

أخذ بها ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه نقل عن مستندات المجنى عليها - التى لا يجادل الطاعن فى صحتها - أن حكم الصغيرين . و . . . الصادر لصالح المجنى عليها فى الدعوى رقم . . . أحوال شخصية بندر المنصورة قد تأيد استئنافيا بالحكم الصادر فى الدعوى رقم . . . أحوال شخصية مستأنف المنصورة وكان باقى ما أثاره الطاعن من منازعة حول أحقية المجنى عليها فى حضانة ولديها الصغيرين . . و. . . لا يكون له محل بعد أن صدر فى هذا الشأن حكم نهائى من جهة القضاء المختص حسم هذا الامر لصالحها ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه أن هو سكت عن هذا الدفاع - ايراداً له ورداً عليه - مما يفيد أن المحكمة لم تر فيه ما يغير من اقتناعها بما قضت به وما اطمأنت اليه مما أوردته من أدلة الثبوت فى الدعوى ، ويكون منعى . الطاعن فى هذا الخصوص غير سديد .

(طعن رقم ٨٢٢ لسنة ٤٩ ق - ق ١٨٣ ص ٨٥١ س ٣٠)

(ب) احكام دائرة الاحوال الشخصية بشأن دعاوى الضم والحضانه :.

قضت دائرة الأحوال الشخصية لمحكمة النقض بأن الحضانة كاثر للزواج . سريان القانون المصرى وحده عليها ، اذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده ١٤مدنى .

(نقض الطعن رقم ٧٥ سنة ٥٣ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٥٨/٣/١٩)

كما قضت بأن حضانة النساء للصغير تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن أثنتى عشر سنة للقاضى بقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أخر اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك . مادة ٢٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ .

(نقض الطعن رقم ٧٥ سنة ٥٣ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٨٥/٣/٢٩) .

كما قضت بأن خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط لصلاحية الحضانة ، يخضع لتقدير القاضى له أن يبقى الصغير فى يدها اذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الأضرار بارتكاب أخفها .

(نقض الطعن رقم ٧٥ سنة ٥٣ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٨٥/٣/١٩)

كما قضت كذلك بأن : إذا كان يبين من الحكم السابق أن المطعون عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة اليه لبلوغها أقصى سن للحضانة وأنها أستغنت عن خدمة النساء فقضى الحكم برفض الدعوى استناداً الى أنه ثبت من الكشوف الطبية أن الصغيرة مصابة بمرض التبول اللارادى مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه الى سبب أستجد بعد صدور ذلك الحكم ، وإنما استند الى مجرد اهدار الدليل الذى أقام الحكم السابق قضاءه عليه دون أن تتغير الدواعى والظروف التى أدت الى اصداره فانه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة

الأمر المقضى ، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملاً بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات .

(نقض ١٩٨٠/٤/٣٠ ـ ١٢٦٩)

وقد قضت دائرة الشخصية لمحكمة النقض بأن الأصل فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الحضانة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير دواعيها ، الا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير ، والحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض عملاً بالماة ٢٤٩ من قانون المرافعات متى كان الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى .

(نقض ١٩٨٠/٤/٣٠ ـ ١٢٦٩)

كما قضت بأنه متى كان الحكم قد نفى فى أسباب سائغة عن الأم أهليتها لحضانة ولدها فان الجدل فى ذلك لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير الحكم لمقتضيات حرمان الأم من الحضانة مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ ـ ص ٢٩)

كما قضت بأنه وان كان بطلان اجراءات الخصومة لنقص أهلية أحد أطرافها هو مما يقع بحكم القانون الا أنه بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته فيصحح بنزوله صراحة أو ضمناً كما يسقط الحق فى التمسك به اذا لم يبده الطاعن فى صحيفة طعنه عملاً بنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات ولايكون لمن نزل عنه أو أسقط حقه فى التمسك به أن يعود للتمسك به كما لايكون للمحكمة بعد اذ أن تقضى به من تلقاء نفسها [١٢] .

(نقض الطعن ٨٣٤ لسنة ٥٣ ق ـ ١٩٨٧/١/١٣)

الفصل الثانى

جريمة الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها

أولاً : النص القانونى :

تنص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات على ما يأتى : ـ

كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وأمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بأحدى هاتين العقوبتين ، ولا ترفع الدعوى عيه الا بناء على شكوى من صاحب الشأن واذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة .

وفى جميع الأحوال اذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة . "

ثانيا : التطور التشريعى لجريمة الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها : ـ

وقد رفع الحد الاقصى للغرامة الى خمسمائة جنيه بدلاً من مائة جنيه ، بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الصادر فى ١٩٨٢/٤/٤ ونشر

فى ١٩٨٢/٤/٢٢ .

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية أن هذه المادة الجديدة أضيفت الى هذا الباب للمعاقبة على جريمة هجر العائلة . وهى جريمة تعاقب عليها القوانين الحديثة وقد أدخلت فى بلجيكا بالقانون الصادر فى ١٩ من مايو سنة ١٩١٢ وفى فرنسا بالقانونين الصادرين فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ و ٣ من أبريل سنة ١٩٢٨ وفى أيطاليا بقانون العقوبات الصادر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ .

والنص الجديد يعاقب كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجة أو أقاربه أو صهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وأمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور التنبيه عليه .ولما كانت هذه الجريمة مما يمس نظام الأسرة ويؤثر فى الروابط العائلية فقد رؤى تعليق المحاكمة على شكوى صاحب الشأن .فيترتب على ذلك أن يكون لصاحب الشأن بعد تبليغه عن الجريمة أن يعدل عن بلاغة ويتنازل عن شكواه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ما دام لم تنته بحكم نهائى ويترتب على هذا التنازل سقوط الدعوى العمومية .

وقد فتح المشرع للمحكوم عليه باب الخلاص من العقوبة حتى بعد أن يصبح الحكم الصادر بها نهائياً فنص على أنه اذا أدى ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة .

ثالثاً: أركان الجريمة :

١ - الركن المادى :

الركن المادى فى هذه الجريمة عبارة عن قيام من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بأن يقوم بدفع نفقه لزوجة أو أحد أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانه أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور التنبيه عليه بالدفع [١٣] .

٢ - الركن المعنوى :

هو إمتناع الصادر ضده حكم النفقة عن دفع مقدار النفقة مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع مع قدرته على الدفع .

ويجب التنبيه على الصادر ضده حكم النفقة بأن يدفع النفقة المستحقة ويكون ذلك شفوياً أو بانذار على يد محضر وهى واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الاثبات .

رابعاً: العقوبة :-

نصت المادة ٢٩٣ عقوبات على معاقبة التمنع عن دفع النفقة مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بأحدى هاتين العقوبتين .

فاذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانيه عن هذه الجريمة فتكون العقوبة الحبس مدة لاتزيد على سنة .

خامسا : القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض بشأن جريمة الامناع عن دفع النفقة المحكوم بها

قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ أن المشروع أقام شرطاً جديداً علق عليه رفع الدعوى الجنائية طبقاً لنص المادة ٢٩٣ ع

بالاضافة الى الشروط الواردة بها أصلاً بالنسبة للخاضعين فى مسائل النفقة لولاية المحاكم الشرعية مقتضاه وجوب سبق الالتجاء اليها وأستنفاد الاجراءات المنصوص عليها فى الماة ٣٤٧ من لائحة ترتيبها . وهذا الشرط متصل بصحة تحريك الدعوى الجنائية وسلامة اتصال المحكمة بها . ولذا يتعين على المحكمة من تلقاء. نسها أن تعرض له للتأكد من أن الدعوى مقبولة أمامها ولم ترفع قبل الاوان واذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قد قصرت أسبابه عن أستظهار تحقق المحكمة من سبق أستنفاد المدعية بالحقوق المدنية للاجراء المشار اليها فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل اللجوء اليها . بل انساق الى تقرير قانونى خاطئ ، هو أن لها دواماً الخياربين قضاء الاحوال الشخصية والقضاء الجنائى ، فانه فضلاً عن خطئه فى تطبيق القانون يكون مشوباً بالقصور .

(مجموعة أحكام القضاء النقض السنة ٢٣ ص ١١٢٢ وقارب السنة ٧ ص ٣٢٨) .

كما قضت ـ كذلك ـ بأن المقصود من الاجراءات التى أشار اليها الشارع فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هو حماية أحكام النفقة الصادرة من تلك المحاكم .

(١٩٥٦/٣/١٣ أحكام القضاء النقض س ٧ ق ٩٨ ص ٣٢٧)

الفصل الثالث

الاصول الاجرائية لجرائم الإمتناع الماسة بنظام الاسرة

ـ يجب تقديم شكوى فى جرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة : ـ [١٤]

١ـ يجب تقديم شكوى من المحكوم له بحضانة الطفل فى جريمة الإمتناع عن تسليم الصغير : ـ

تنص المادة ٢٩٢ على أنه " يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة وبغرامة لاتزيد على خمسين جنيها مصرياً أى الوالدين أو الجدين من لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده الى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه .

وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بوساطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان بغير تحايل أو أكـراه .

وتكون الشكوى فى هذه الحالة من المحكوم له بحضانة الطفل أو حفظه من جهة القضاء وتسرى عليها جميع الأحكام الخاصة بالشكوى .

والسبب فى تخويل من له الحق فى حضانة الصغير سلطة الاتهام هو الحفاظ على علاقة القربى والمصاهره بين أقارب الصغير ، ذلك أن هذا الموضوع يمس دائما سمعة وأعتبار العائلات ويؤثر نفسياً على الصغير [١٥] .

٢ ـ يجب تقديم شكوى من صاحب الشأن فى جريمة الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها : ـ

تنص المادة ٢٩٣ على أن كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته

أو أقاربه أو اصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وأمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع بعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لاتتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين ، ولا ترفع الدعوى عليه الا بناء على شكوى من صاحب الشأن ، واذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لاتزيد على سنة .

وفى جميع الأحوال اذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة [١٦] .

والحكمة من تعليق تحريك الدعوى فيها على شكوى ، أنها تمس نظام الأسرة وتؤثر فى الروابط العائلية .

والمراد بالزوج هنا الزوج وقت قيام الزوجية وبعد الانفصال مادامت النفقة مطلوبة بنسبب الزواج وصاحب الحق فى الشكوى هنا هو المحكوم له بالنفقة ويجوز له النزول عنها طبقاً لنصوص قانون الاجراءات .

وقد منح القانون الجنائى مكنة ايقاف تنفيذ العقوبة بعد الحكم عليه نهائيا فى هذه الجريمة ومن باب أولى ايقاف اجراءات الدعوى قبل الحكم ، بأدائه ما تجمد فى ذمته من نفقه أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن أو بتقديمه كفيلاً يرتضيه صاحب الشأن .

وأنه ولو أن القانون لم يمنح صاحب الشكوى سوى النزول قبل الحكم الا أنه عملياً يمكنه أن يقبل كفيلاً للمحكوم عليه ولو فى الظاهرة فقط ، أو يعطى اقرارا بتسليمه التجمد ولو على غير الواقع فيوقف تنفيذ الحكم النهائى وهذا يعتبر فى الواقع ايقافاً للحكم بمعرفة المجنى عليه أيضاً .

الفصل الرابع

التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية فى جرائم الإمتناع الماساة بنظام الاسرة :

يجوز طلب التعويض عن الاضرار المادية الناتجة عن جرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة طبقاً للقواعد العامة وبالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوى قبل صدور القانون المدنى الحالى ، لم يكن هناك نص فى القانون المصرى يقضى بالتعويض عن الضرر المعنوى [١٧] وبالرغم من عدم وجــرد نص ، فقــد كان الفقــه والقضــــاء مستقرين على تعويض الضرر المعنوى [١٨] حتى جاء القانون المدنى الحالى الذى حسم المسألة وأقر التعويض عن الضرر المعنوى فى المادة ١/٢٢٢ مدنى التى تقضى بمايلى:(يشمل التعويض الضرر المعنوى أيضاً) والتعويض يكون فى المسؤولية التقصيرية والعقدية ، لأن هذا النص وارد فى باب آثار الالتزم وقد قضت المحاكم المصرية بالتعويض عن الضـرر المعنـوى فى حالات كثيرة .

ـ وعلى ذلك فمن أصابه ضرر من جرائم الإمتناع الماسه بنظام الأسرة أن يدعى مدنيا أمام المحكمة الجنائية أو أمام المحاكم المدنية طبقاً للقواعد العامة . [١٩]

عبد الفتاح مراد

رئيس محكمة الاسكندرية

١- أنظر في تفصيل هذا الموضوع كتابياً جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات ص ٢٩١ وما بعدها الطبعة الأولى ١٩٩٠ الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

٢- راجع بشأن الإشكالات المدنية فى تنفيذ أحكام الحضانة والضم كتابتاً المشكلات العملية فى قضاء التنفيذ توزيع منشأة المعارف بالأسكندرية وإنظر لنا الأصول العملية لتنفيذ الجبرى الناشر ، المكتب الجامعى الحديث بالأسكندرية .

٣- عماد المراجع للأستاذ / عباس فضلى - ص ٥٧٤ .

٤- نقض جنائى فى ١٩٣٣/٥/١ - ص ٥٧٦ .

٥- محمد رفيق البسطويسى فى قانون العقوبات - ط ١٩٨ - ص ٩٤٥٢ ، ٦٠١ .

٦- نقض جنائى فى ١٩٢٣/٥/١ - الطعن رقم ١١٧ السنة ٣ ق - ص ٢٨٠ .

٧- قانون العقوبات لمحمود منصور - طبعة ١٩٧١ - ص ٢٥١ وما بعدها .

٨- نقض جنائى فى ١٩٧٢/٣/١٧ - ص ٤٨٣ - س ٢٣ .

٩- المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٠ من القانون المشار إليه لمتن .

١٠- أنظر فى ذلك الحكم رقم ٤١١٣ لسنة ١٩٨٦ جنح الدقى بشأن حكم بضم مصر .

١١- والمواد الإجرائية التى تطبق فى هذه الحالات .

- المواد ٦ ، ٢١ ، ٢٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٣ من اللائحة الشرعية والمواد من ٦ إلى ١٤ من قانون المرافعات أنظر المستشار أشرف مصطفى كمال المشكلات العملية فى تشريعات الأحوال الشخصية . ط ٣ ص ٤٧٤ .

١٢- راجع لنا فى الجديد من قضاء النقض كتابنا الجديد فى النقض الجنائى ١٩٨٤ - ١٩٨٨ الجديد فى نقض المرافعات والإيجارات ١٩٨٥ - ١٩٨٩ . الناشر ، المكتب الجامعى الحديث بالأسكندرية توزيع دار النهضة العربية بالقاهرة .

١٣- راجع بشأن تعليمات وزارة العدل بشأن الأحوال الشخصية ودعاوى الحبس وإجراءات الأشكال فيها كتابنا أصول أعمال المحضرين فى الإعلان والتنفيذ وراجع نماذج من الإشكلات لاواردة فى كتابنا المشكلات العملية فى قضاء التنفيذ .

١٤- الشكوى : هى تنظيم ، وشكا من شخص أى تظلم منه وأخبر بسوء قصده وفعله والشكوى من الأمر هى التوجع منه ، والشاكى هو من أبلغ عن المكروه . وراجع فى تفصيل هذا الموضوع كتابنا التصرف فى التحقيق الجنائى وطرق الطعن فيه الناشر

منشأة المعارف بالأسكندرية .

١٥ـ الدكتور عزت الدسوقى قيد الدعوى الجنائية ص ١٠٠ .

١٦ـ أنظر د. محمد محيى الدين عوض ، الإجراءات الجنائية ص ١٠ ص ٩١ .

١٧ـ كما أن القضاء فى مصر لم يستقر على ذلك إلا بعد تردد أنظر الأحكام العديدة التى أوردها الأساتذة : حسين و عبد الرحيم عباس ، فى هامش ص ٣٤٦ من المسئولية المدنية .

١٨ـ مصطفى مرعى المسئولية المدنية بند (٢٥٢) ، سليماً مرقس فى الفعل الضار بند ٣٥ كما أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوى مقرر فى العديد من الأحكام القضائية وذلك منذ وقت بعيد من ذلك حكم الغرفة المدنية الفرنسية بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٢٧ ، كما أن القضاء لا يتردد فى الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوى فى جميع الحالات التى يصاب فيها لزوج بضرر يمس شرفه كما فى حالة الخيانة الزوجية .

كما أن القضاء قضى فى أحكام عديدة بالتعويض عن الضرر المعنوى الذى يصيب الزوج بفعل الغير بتحريض على إخراج زوجته عن طاعته ، من ذلك ما قضت به المحاكم منذ بداية القرن العشرين ، ضد مديرى المسارح الذين وافقوا على إستخدام النشاء المترزوجات دون موافقة أزواجهن ، وهم على علم بمعارضة إستخدامهن أنظر د. مقدم السعيد التعويض عن الضرر المعنوى ص ٢٠٣ .

١٩ـ راجع بشأن الجزاءات المختلفة على جرائم الإمتناع عن تنفيذ القوانين والأحكام والأوامر القضائية كتابنا جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات ص ١٠ وما بعدها الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

القانون الواجب التطبيق على عقد ضمان الاستثمار

للسيد الدكتور
هشـــام خالـــد
المحامى

تمهيـــد :

تنصب هذه الدراسة على موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد ضمان الإستثمار العربى ومن البداية ، يتعين علينا ان نتصدى لتحديد أهمية هذا العقد وخصائصه ، سيما خاصته الدولية وإذ ننتهى مما تقدم تكون الفرصة مهيئة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المعنى ، وهو جوهر دراستنا الماثلة .

وبهذه المثابة يثور التساؤل ، عما إذا كان هذا العقد طليقاً ، بحيث لا يخضع لأى قانون ، أم إنه يخضع لقانون معين .

وفى الغرض الأخير ، كيف نصل إلى تحديد هذا القانون ، وهل يلزم ذلك ، بحثنا عن الإرادة الصريحة ، أم الضمنية للأفراد ، حسبما جرت العادة فى النظم القانونية المختلفة ، أم ان هناك نظاماً قانونياً ، يعلو العادة فى النظم القانونية المختلفة ، أم إن هناك نظاماً قانونياً ، يعلو على إرادة الأطراف فى هذا الصدد ، بحيث يتصدى لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، دون التعويل على إرادة الأطراف هى هذا الصدد .

وفى الغرض الأخير ، هل هذا القانون هو القانون التجارى الدولى أم القانون البيدولى ، أم هو المبادىء القانونية المشتركة بين الدول الأعضاء فى المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، أم إن هذا القانون هو الخاص بإحدى الدول المتعاقدة ، وعلى أى أساس تم تحديده .

فإذا خلصنا من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان ، تعين علينا ، أن نبين نطاق أعماله ، أى المسائل التى تخرج عن نطاق ولايته وتلك التى تدخل فى هذا النطاق .

فإذا حددنا المسائل التى تفلت من الخضوع لقانون العقد تعين علينا تحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

كذا يحتاج الأمر إلى تفصيل المسائل التى يتناولها القانون المعنى بالتنظيم .

تقسيـــم :

وسوف تقسم هذه الدراسة إلى :

مقدمة عامة :

الباب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيـــق على عقـــد الضمان .

الباب الثانى : نطاق أعمال القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان .

خاتمــة .

مقدمة عامــة :

ـ الإستثمار العربى وعقد الضمان .

ـ ما أهمية عقد الضمان وخصائصة ـ الطبيعة الدولية لعقد الضمان .

الإستثمار العربى وعقد الضمان [1]

١ـ تنقسم الدول العربية إلى قسمين متميزين ، الأول منها يضم الدول العربية البترولية ، أما الثانى فيشمل الدول غير البترولية مع العلم بأن هذا التقسيم نسبى ، وليس مطلقاً . والملاحظ أن العوائد البترولية العربية قد إزدات بدرجة ملحوظة منذ حرب أكتوبر ١٩٧٣ ، نظراً لإرتفاع سعره بصورة واضحة منذ ذلك الحين وقد أدي ذلك إلى التساؤل عن مصير هذه العوائد ، ومدى إمكانية إستيعاب المنطقة العربية لها . ان إستخدام هذه العوائد يمكن أن يتم عن طريق تحويلها إلى الدول الرأسمالية الغربية ، أو عن طريق إستثمارها فى المنطقة العربية ، سواء تم ذلك فى الدول البترولية ، أو غير البترولية .

٢ـ فالإتجاه الأول ، هو إستثمار هذه العوائد عن طريق توظيفها فى الدول الرأسمالية . وهذا ما تم بالفعل ، حيث تدفقت أجزا كبيرة من هذه العوائد إلى الدول المتقدمة ، بغرض إستثمارها فى الأسواق النقدية والمالية ، فى غالب الأحوال . ويعاب على هذا الإتجاه ، إنه يعرض هذه الأموال للتقلبات النقدية ، ولخطر التضخم زالذى يسود هذا الدول عقب إنخفاض سعر الصرف فيها ، وهو أمر كثير الحدوث عملاً . وإزاء ذلك فثمة إتجاه إلى إستخدام هذه العوائد فى شراء الأصول الصناعية والعقارية ، حيث يتحقق لأصحابها درجة أكبر من الأمان فى مواجهة الأخطار المتقدمة .

ولكن هذا الإتجاه قوبل بمعارضة شديدة من قبل الدول الصناعية المغنية ، حيث يؤدى الوضع المتقدم إلى سيطرة رؤوس الأموال العربية على الصناعات الوطنية فى الدول المتقدمة . هذا إلي أن هذا النوع من الأستثمار يعرض هذه الأموال للأخطار غير التجارية ، مثل التأميم والمصادرة ...ألخ ، وهى مخاطر معتبرة الآن فى هذه الدول .

٣ ـ والإتجاه الثانى لإستخدام هذه العوائد ، هو آستثمارها فى الدول العربية البترولية . فقد إتجهت دول الخليج العربى إلى التوسع فى إقامة صناعات تخصص معظم ناتجها للتصدير ، بعد القيام بالوفاء بحاجات الأسواق المحلية فيها . ويعاب على هذا الإتجاه ، إنه يؤدى إلى تبعية هذه الدول للخارج ، سيما للشركات متعددة القومية وإلى تتعامل فى هذه المنتجات . وهذا الإتجاه ، يعاب عليه أيضاً ، إنه يهمل الطلب الداخلى ولايوليه إلا إهتماماً هامشياً . هذا إلى إنه ، يرهق ميزانية الدول المعنية ، حيث تقوم الأخيرة بمنح المنتج إعانات تصدير تصل إلى ٥٠٪ من قيمة صادراته ، تدعيماً لمركزه التنافسى فى السوق الدولية .

فإن هذا الإتجاه يؤدى إلى تعطيل جزء من الطاقة الإنتاجية القومية فى حالة عدم القدرة على تسويق المنتجات المعنية فى الخارج .

٤ ـ وإزاء ذلك ، ذهبت بعض الدول ليبيا والجزائر ، إلى إتباع سياسة إحلال الواردات والتى تقوم على أساس الإنتاج للسوق المحلى فيها ، مع فرض قيود جمركية على الواردات الأجنبية لحماية الصناعات الوليدة . ولكن يعاب على هذه السياسة إنها تنظر لحاجات المدينة دون الريف ، كما إنها لا تستجيب إلى متطلبات السوق فى المستقبل حيث إنها تنظر للحاضر فقط . ولا شك إن المستقبل قد يختلف عن الحاضر . هذا إلى أن منتجات هذه الصناعات - والتى حلت محل الواردات - يصعب بيعها فى السوق الدولية ، نظراً لإنها من قبيل المنتجات التى تنتجها الإقتصاديات المتخلفة ، ولعدم قدرتها التنافسية بإعتبار إنها محدودة الجودة ، ونظراً لسيطرة الإحتكارات الدولية على الأسواق الخارجية ، وعلى كل حال ، فالثابت إن الأسواق المحلية فى الدول البترولية بوجه عام ، عاجزة عن إستيعاب العوائد البترولية ، وذلك لقلة الإستثمار فيها ، ولعدم وجود عوامل الإنتاج المختلفة ، والتى تتضافر مع رأس المال ، مثل عامل السكان ، والعمالة المدربة المستقرة والموارد الطبيعية ،والقدرة التنظيمية والتكنولوجيا . فرؤوس الأموال التى تقتنيها هذه الدول ليست كافة بذاتها لإنشاء صناعات حديثة . هذا إلى أن منتجات هذه الصناعات تحتاج إى أسواق واسعة تستوعبها، وهو ماتفتقر إليه الدول البترولية من العوائد المعنية .

٥ ـ وعلى الجانب الآخر ، توجد الدول العربية الغير بترولية وتعانى هذه الدول بوجه عام من مشكلة النقص الشديد فى رؤوس الأموال المعروضة ، رغم الحاجة إليها ، لتنفيذ برامج التنمية الإقتصادية فيها ، للخروج من دائرة التخلف واللحاق بركب التقدم . فالدول المتقدمة تعانى من نقص بالغ فى المدخرات الداخلية على المستويين الحكومى والأهلى ، الأمر الذى يدفعها إلى اللجوء للمصادر الخارجية للتمويل .فرغم توافر فرص الإستثمار فى هذه الدول فى المجالات الصناعية والزراعية الرعوية والسياحية ، فإن نقص رؤوس الأموال يحول دون إستغلال هذه الفرص على النحو المطلوب كما إن هذا الوضع يهدد الطاقة البشرية التى تتمتع بها الدول المعنية والتى تتمثل فى العمالة المدربة ، وفى الأسواق الواسعة التى يمكن أن تستوعب الإنتاج الصناعى الكبير ، حال قيامه فيها . وفى محاولة سد النقص فى الموارد الداخلية تلجأ الدول العربية غير البترولية إلى الممولين الأجانب . والأمر يحتمل الفروض الآتية :

٦- فإذا لجأت هذه الدول إلى الممولين غير العرب ، فإن ذلك يؤدى إلى مواجهتها للعديد من المشاكل والصعاب . فمن ناحية أولى ، قد يتخذ هذا التمويل شكل القروض . وقد جرت العادة على أن يكون منح هذه القروض مصحوباً بتدفق سلعى أو خدمى من الدول

المقرضة ، الأمر الذى يؤدى إلى زيادة نفقات هذه القروض . كما ان الإقتراض من الدول الصناعية يؤدى إلى ربط إقتصاديات الدول المقترضة بالإقتصاد العالمى ، وما يترتب على ذلك من مضار جسيمة للدول المعنية . والوضع المتقدم يجهض المحاولات المبذولة فى هذه الدول لانشاء تكنولوجيا محلية ، تناسب أوضاعها ومستلزماتها : فالقتراض يتبعه أستيراد لتكنولوجيا الدول المقترضة بالضرورة وما يعتيه ذلك من تبعية لتلك الدول ، تلك التى تنشأ عند الاقتراض ، ولاتنتهى بالسداد ، بل تمتد لفترات زمنية لاحقة ، قد تكون طويلة . ومن ناحية ثانية ، قد يتخذ التمويل الاجنبى شكل الاستثمارات المباشرة . ويؤدى هذا الوضع من التمويل الى العديد من المشاكل ، كذا فهو يحقق مضارا كثيرة لاقتصاديات الدول العربية المضيفة لهذه الاستثمارات . فالاستثمار المباشر يؤدى الى زيادة النسبة التى يستأثر بها الأجانب من الناتج القومى فى الدول المعنية ، الأمر الذى يعنى إنخفاض نسبة الأرباح والفوائد التى تؤوّل إلى الوطنين فيها ، وبالتالى إنخفاض الإدخار القومى بها . كما يترتب على هذا النوع من الإستثمار ، القضاء على المشروعات المحلية المنافسة ، لأن الإستثمارات الأجنبية تنتج بفن إنتاجى متقدم ، على خلاف الحال بالنسبة للمشروعات الوطنية والتى تعانى من التخلف التقنى بدرجة كبيرة . هذا إلى ان الإستثمار الأجنبى يستخدم رأس المال ، ممايؤدى إلى تقليل فرص العمالة فى القطاعات التى يسيطر عليها . ويضاف إلى ما تقدم ماهو ثابت من ان الإستثمارات الأجنبية تعطى عادة أجور أعلى بكثير من الأجور التى تعطيها المشروعات الوطنية ، لإنها تحتاج إلى قدر أقل من العمالة ذات الكفاءة المرتفعة لفن الإنتاج المستخدم فيها . ويؤدى ذلك إلى سحب الكفاءات من المشروعات المحلية ، ورفع تكاليف الإنتاج والأسعار ومن ثم إزدياد درجة التضخم فى الدول العربية المضيفة للإستثمارات المعنية وعلى أى حال ، فالثابت رغم المساوىء المتقدمة ان إمكانيات تدفق رؤوس الأموال الغربية إلى الدول العربية غير البترولية ليست كبيرة ، حيث يفضل أصحابها إستثمار هذه الأموال فى دول متقدمة ، وهو ما يؤدى إلى تحقيق أرباح وفيرة لهم ، فضلاً عن تمتعهم بالحماية القانونية المناسبة فيها ، وهو مايفتقدونه فى الدول العربية سالفة الذكر .

٧ ـ وبذلك نكون فى مواجهة الخيار الأخير المطروح أمام الدول العربية البترولية ومواطنيها من ناحية ، والدول العربية غير البترولية من ناحية أخرى .ومقتضى هذا الخيار هو ان يلبى كل طرف حاجة الطرف الآخر . فازاء العقبات التى يصادفها المستثمرون العرب دولاً وشعوباً ، حال قيامهم بإستثمار أموالهم فى الدول الرأسمالية ، فليس أمامهم سوى توظيف أموالهم فى الدول العربية غير البترولية . ويرى كثيرون ان هذا التوجيه هو الأفضل دائماً وذلك اذا ما وجد

الاسلوب المناسب له . لانه يؤدى لعائد أكبر من ذلك الذى يعطيه الشكل التقليدى لاستثمار هذه الاموال على النحو السابق لنا بيانه . هذا الى أن هذه الاتجاه كفل حماية المال العربى من التقلبات النقدية وغيرها من المخاطر النظيرة . فضلا عن أنه فى الدول العربية غير البترولية تتوافر العديد من فرص الاستثمار ، وتتوافر أيضاً العمالة المدربة ، والمواد الطبيعية ، وفى النهاية فهذه الدول تعتبر أسواقا رحبة تستطيع أن تستوعب المنتجات المتحصلة من هذه الاستثمارات ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فالإتجاه المتقدم يستجيب الى الشعور بالتضامن الذى يكتنف الشعوب العربية . فحاجة بعض دول المنطقة من رؤوس الاموال يجب أن تسدها الدول البترولية ذات العوائد الضخمة ، أستجابة للداعى السابق ، فضلا عن ان ذلك يحقق مصالحها فى نفس الوقت .

٨ ـ فاذا كان الثابت أن الدول العربية البترولية تحتاج الى توظيف عوائدها البترولية ، وفى نفس الوقت تحتاج الدول العربية غير البترولية لتمويل برامجها الانمائية هنايقوم التساؤل عن الاسباب التى تحول دون تدفق رؤوس الاموال من الطائفة الاولى من الدول الى الطائفة الاخيرة فيها . لاشك أن المخاطر غير التجارية تعتبر من أهم العقبات التى تعرقل حركة رأس المال العربى فى المنطقة المعنية . وتتمثل هذه المخاطر فى المصادرة والتأميم وقيود تحويل العملية والحرب والفتن والثورات الداخلية . فالمستثمر العربى يرغب فى أستثمار أمواله فى المنطقة العربية ، ولكنه فى نفس الوقت يشعربالخشية على هذه الاموال ، اذا ما تعرضت لخطر من الاخطار المتقدمة ، ولا يمكن ازالة هذه الشعور الا عن طريق ضمان هذه الاموال حال تعرضها لاى من الاخطار السابقة . وبهذه المثابة ، يبين لنا أهمية الحماية القانونية في توفير الامان المطلوب للمستثمر العربى المعنى [٢] . والملاحظ أن القانون الداخلى فى الدول العربية عاجز عن توفير الحماية المطلوبة للاستثمارات العربية [٣] وكذلك ، فان أحكام القانون الدولى عاجزة أيضا عن توفير القدر المناسب من الحماية للمستثمر العربى الذى يرغب فى استثمار امواله فى دولة عربية شقيقة . [٤] وازاء ذلك ، دعت الحاجة لايجاد وسيلة قانونية جديدة لضمان الاستثمارات العربية فى المنطقة المعنية . وبهذه المثابة ظهر عقد ضمان الاستثمار العربى الى الوجود . وقد كان ذلك بمناسبة أنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار[٥] .

ماهية عقد الضمان وخصائصه

أ ـ وعقد الضمان هو العقد الذى تضمن بمقتضاة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المستثمر العربى المضمون بان تعوضه عن الخسائر التى عسى أن تلحق باستثماره حال تحقق الخطر المضمون ، بسبب تصرف قانونى أو عمل مادى صادر ضده من الدولة المضيفة للاستثمار المعنى أو من الغير ، وذلك لقاء قسط معلوم .

وتتنوع المخاطر التى يغطيها العقد المتقدم ، وهى : التأميم - نزع الملكية - المصادرة - الاستيلاء ، تأجيل الوفاء بالدين لآجال غير معقولة - الحراسة الادارية - قيود تحويل العملة الحرب والفتن الداخلية . ويتميز عقد الضمان بعدة خصائص : فمن ناحية أولى فهو عقد دولى . ومن ناحية ثانية ، فهو عقد رضائى . ومن ناحية ثالثة فهو عقد معارضة . ناحية رابعة ، فهو عقد ملزم للجانبين . ومن ناحية خامسة ، فهو عقد أحتمالى . ومن ناحية سادسة ، فهو عقد زمنى ومن ناحية سابعة ، فهو عقد اذعان . ومن ناحية ثامنة ، فهو من عقود حسن النية . ومن ناحية تاسعة ، فهو عقد تعويضى [٦] . وسوف نبين هنا فى ايجاز ، الطبيعة الدولية لعقد الضمان ، نظرا لتعلقها بموضوع دراساتنا الماثلة .

الطبيعة الدولية لعقد الضمان :

١٠ - يذهب الفقة الراجح الى تعريف العقد الدولى ، بأنه ذلك العقد الذى تتطرق صفة أجنبية لاحد عناصره الفعالة [٧] . وقد ثبت لنا من دراسة سابقة ، أن العقد المعنى ، قد تطرقت الصفة الاجنبية لثلاث عناصر فعالة فيه [٨] .

١١ - فمن ناحية أولى ، فعقد الضمان ، يتم ابرامه بين طرفين لاتجمعهما جنسية واحدة . فالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار - وهى الطرف الاول فى هذا العقد - هى مشروع دولى اقليمى ، وهذا المشروع لا يتمتع بجنسية اية دولة على الاطلاق . أما الطرف الثانى فى هذا العقد ، فهو شخص أجنبى فى الدولة المضيفة للاستثمار على وجه الدوام . وبهذه المثابة يمكن القول بان الصفة الدولية قد تطرقت الى عنصر فعال فى عقد الضمان ، هو أطرافه .

١٢ - ومن ناحية ثانية ، فالثابت أن عقد الضمان ينصب دائما على استثمار دولى ولا ينصرف الى الاستثمارات الوطنية بحال .

١٣ - ومن ناحية ثالثة ، فالثابت أن لعقد الضمان وظيفة دولية ، هى توفير فرص الاستثمار المأمونة للدول العربية النفطية . ومثل هذا الهدف لاينظر فيه الى تحقيق مصلحة دولة عربية معينة ، بل يتناول المنطقة العربية باكملها . هذا الى أن العقد محل البحث يعتبر سببا مباشرا لخروج رؤوس الاموال من الدول النفطية ودخولها الدول غير النفطية ، الامر الذى يفيد تجاوزه للنطاق الاقتصادى لاى دولة عربية . وبهذه المثابه تتأكد لنا الطبيعة الدولية لوظيفة العقد المعنى .

١٤ - وازاء ثبوت الصفة الدولية لعقد الضمان ، يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق عليه .

هذا ما سنتصدى للاجابة عليه ، وذلك من خلال دراستنا الماثلة .

الباب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان

تقسيم:

وسوف نقسم الباب الماثل ، الى فصلين :

الفصل الأول : أوليات فى تحديد القانون الواجب التطبيق

الفصل الثانى : ماهية القانون الواجب التطبيق ومصادره

الفصل الأول : أوليات فى تحديد القانون الواجب التطبيق

- عقد الضمان والقانون الواجب التطبيق عليه .

أولاً : عقد الضمان وفكرة القانون الذاتى للعقد

ثانياً : عقد الضمان ومشكلة. الكشف عن ارادة المتعاقدين . - تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان :

أولاً : الشروط العامة وعقد الضمان

ثانياً : القانون التجارى الدولى البيدولى وعقد الضمان

أ - نظرية القانون التجارى الدولى .

ب - تقدير نظرية القانون التجارى الدولى .

عقد الضمان والقانون الواجب التطبيق عليه :

١٥- لقد تصدت عقود الضمان المختلفة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، ومثل هذا المسلك يكشف عن موقف القائمين على إعدادها من مشكلتين تثوران فى هذا الصدد .

المشكلة الأولى:

تتعلق بفكرة القانون الذاتى للعقد .

المشكلة الثانية :

تتعلق بتفويض المتعاقدين المحكمة المختصة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم عن طريق الكشف عن إرادتهم الضمنية أو المفترضة . وعلى هذا الأساس نعرض لهاتين الفكرتين مبينين موقف عقود الضمان منها فإذا فرغنا من ذلك نقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان ، ثم نبين فى مرحلة لاحقة ، نطاق أعمال هذا القانون ، أى المسائل التى يتصدى الأخير لحكمها ، وتلك التى تفلت من الخضوع له ، مبينين القانون الذى يحكم كل واحدة منها .

أولاً : عقد الضمان وفكرة القانون الذاتى للعقد : [٩]

١٦- إذا كان الراجح هو وجوب إرتباط العقد بقانون ، فقد حاول البعض ان ينال من المبدأ المتقدم ، مقرراً إمكان وجود عقد بلا قانون ، إستناداً لمبدأ كفاية الإرادة فى خلق القانون الذاتى للعقد [١٠] . وبيان ذلك ، أن العقود الدولية فى نظرهم تنقسم إلى قسمين :

الأول : ويشمل العقود الدولية التقليدية ، مثل الزواج المختلط ، وهذه العقود تخضع للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد المختصة فى قانون القاضى .

والثانى : ويشمل العقود الاقتصادية الدولية ، تلك العقود التى تنطوى على قيمة مالية كبيرة ، فضلا عن احتوائها على تنظيم شامل لعلاقة اطرافها ، على نحو يغنيهم عن اللجوء لاى تنظيم قانونى آخر .فاذا ما ثار نزاع بين المتعاقدين ، فان القاضى يجد فى أحكام هذه العقود ما يهديه الى الحل السليم للنزاع

المطروح عليه [١١] . وبهذه المثابة ، لن تكون بحاجة الى قاعدة اسناد لترشدنا للقانون الواجب التطبيق على العقد المعنى ، مادامت ان أحكام هذا الاخير كافية بذاتها لتنظيم علاقة أطرافه .

١٧ ـ ويرى أصحاب الاتجاه السابق ، أنه لايجوز الاعتراض على حق المتعاقدين فى وضع تنظيم شامل لعلاقتهم العقدية ، فهذا الحق يجد سنده فى مبدأ سلطان الارادة ، والذى يعلو على أى مبدأ قانونى آخر . هذا الى أنهم يرفضون الاتجاه القائل بان كل تصرف قانونى ، لابد أن يتم وفقاً لنظام قانونى سابق عليه ، ذلك العقد ـ كما يرون ـ يخلق المجتمع والقانون الذى يحكمه فى آن واحد. [١٢]

١٨ ـ وقد كان الرأى السابق محلا لنقد شديد ، خاصة وأنه لا ينسجم مع المعطيات الواقعية [١٣] .

فالقول بان العقد يخلق مجتمعا قانونيا ، قوامه المتعاقدين ، وانه يخلق القانون الذى يحكم هذا المجتمع ، قول غير صحيح على الاطلاق فالمتعاقدين لايكونان مجتمعا قانونيا ، بل هم افراد فى مجتمعات قائمة بالفعل [١٤] ، ومخاطبون باحكام النظم القانونية السائدة فى هذه المجتمعات ، والدور الذى تلعبه ارادتهم فى هذا الصدد ، ينحصر فى مكنه ابرام العقد المعنى من عدمه ، فاذا انصرفت ارادتهم الى ابرامه ، هنا يتصدى النظام القانونى المختص لغرض احكامه فى هذا الصدد . هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى ، فان التفرقة المزعومه بين العقود الدولية التقليدية والعقود الاقتصادية ، بحيث تخضع الاولى للقانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد المختصة فى قانون القاضى ، وتفلت العقود الاقتصادية من الخضوع لها ، مثل هذه التفرقة لاتستند الى أساس سليم من الواقع. هذا الى أن الطائفة الاخيرة من العقود الدولية ، لاتشكل قسما منفردا منها ، غاية ما فى الامر انها تمثل التطور الحديث لها ، على النحو الذى يستجيب لمتطلبات الحياة الدولية المعاصرة ، [١٥]

ومن ناحية ثالثة ، فمن العصى على المتعاقدين عملا ، وضع ذلك التنظيم الشامل لعلاقتهم التعاقدية ، على نحو يغنيهم عن اللجوء لاى نظام قانونى ، نظرا لعجزهم عن التنبوء بالمشكلات التى ستصادفهم فى المستقبل ، الامر الذى تتأكد معه الحاجة لوجود نظام قانونى لسد الثغرات التى تكتنف التنظيم العقدى للعلاقة المعنية ، فضلا عن قيام هذا النظام بتقدير مشروعية هذا التنظيم. [١٦]

واخيرا ، فقد ثبت ان الاجهزة الدولية التى قامت بوضع العقود النموذجية ذات التنظيم الشامل ، لم تكن تقصد عدم أخضاع هذه العقود لاى قانون ، أستنادا لكفاية الارادة لحكمها ، وأنما ارادت ان تعهد بالامر الى قاضى الموضوع ليختار ـ بالنظر الى كل حالة على حدة ـ القانون الانسب لحكم النزاع المعنى ، وبهذه

المثابة يثبت لنا صحة الاتجاه القائل بوجوب خضوع العقد الدولي لقانون معين [١٧]

١٩ ـ فاذا كان الامر كذلك ، فان التساؤل سرعان مايثور عن ماهية هذا القانون وعما اذا كان من اللازم صدوره عن دولة معينة ، أم أنه من المتصور صدور هذا القانون عن كيان أجتماعي آخر ، لا تتوافر له صفة الدولة .

٢٠ ـ يذهب البعض الى وجوب ارتباط العقد الدولي بقانون صادر عن دولة معينة ، اعمالا للحكم الصادر من محكمة العدل الدولية عام ١٩٢٦ في قضية القروض الصربية . كذا ، استنادا للحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية ، والذى ظل مخلا لاعتبار ذات المحكمة فى العديد من الحالات وقد تلقف الفقة هذه الاحكام ، وباركها ، واعتنق المبادئ الثابتة فيها ، منذ صدورها وحتى الان . [١٨]

واساس هذه النظر، أن الدولة هى الكيان الاجتماعي الوحيد القادر على افراز القانون ، وبهذه المثابة فيتعين ان يرتبط العقد الدولى بقانون صادر عن دولة ما .

٢١ ـ وعلى العكس من ذلك ، يذهب البعض الاخر الى وجوب ارتباط العقد الدولى بنظام قانونى معين ، سواء كان هذا الاخير صادرا عن دولة معينة ، أو عن كيان آخر لا يصدق عليه الوصف المتقدم . [١٩]

واساس هذا النظر ، ان الدولة ليست الكيان الاجتماعى الوحيد الذى يفرز القانون ، بل توجد بجانبها كيانات أخرى تقوم بذات المهمة [٢٠] ولايوجد ما يبرر ربط العقد الدولي بالقانون الصادر عن الدولة دائما ، فقد أصبح من المتصور الان ارتباط العقد بمجموعة أحكام موضوعية يجرى المتعاملون على الاخذ بها في مجال نشاط معين بحيث تشكل عرفا ملزما لهم . [٢١]

وتجدر الاشارة ، الى عقود الضمان المختلفه ذهبت الى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، الامر الذى يفيد رفضها لنظرية القانون الذاتى للعقد ، نظرا لاوجه النقد الشديدة التى وجهها الفقة لها ، كما اسلفنا قولا .

والموقف المقدم يعتبر انتصاراً للاتجاه الراجح فى الفقة والذى يرى وجوب ارتباط العقد بنظام قانونى معين . هذا هو موقف العقود محل البحث من المشكلة الاولى . فماذا عن موقفها من المشكلة الثانية . هذا ما سنتبينه الان تفصيلا .

ثانيا : عقد الضمان ومشكلة الكشف عن ارادة المتعاقدين : [٢٢]

يجرى العمل على خضوع العقد لقانون الارادة [٢٣] ولا صعوبة فى الامر اذا اختار المتعاقدان صراحة القانون الذى يحكم عقدهما ، حيث يتعين على المحكمة المختصة أن تحسم المنازعة المعنية وفقا لاحكامه [٢٤] اما اذا لم يحدد المتعاقدان صراحة ، القانون الواجب التطبيق على عقدهما ، فى هذه الحالة يتعين على القاضى المعنى ، ان يتصدى للكشف عن ارادتهما الضمنية فى هذا الصدد ، مسترشدا فى

ذلك ، بظروف وملابسات التعاقد . [٢٥] والملاحظ ان المحاكم الوطنية كذا محاكم التحكيم ، تلجأ الى ضوابط للوقوف على القانون الذى انصرفت اليه الارادة الضمنية للمتعاقدين . مثال ذلك أخضاعهما للنزاع الذى عسى ان ينشأ بينهما لمحكمة دولة معينة ، أو لجوئهما الى محكمة تحكيمية كائنه فى دولة معينة ، أو لجوئهما الى محكمة تحكيمية كائنة فى دولة معينة ، أو كتابة العقد المعنى بلغة معينة أو أدماج بعض المصطلحات القانونية التى تنتمى لنظام قانونى معين ، فى العقد المعنى فكل الامور المتقدمة قد يستشف منها ارادة المتعاقدين الضمنية فى اخضاع عقدهما لقانون معين [٢٦] ، وهو قانون المحكمة القضائية أو التحكيمية المختارة ، أو غير ذلك من الامور

فاذا لم توجد مثل هذه الارادة ، فيذهب البعض الى وجوب البحث عن الارادة المفترضة للاخصام أو ارادتهم المفروضة . [٢٧] بينما يذهب البعض الاخر الى مهاجمة هذه الفكرة ، قولا منهم بان الارادة أما ان توجد أو لاتوجد ، أما الارادة المفترضة فهى مجرد وهم وتصور يتناقض مع فكرة الارادة فى حد ذاتها . [٢٨]

أما اذا تعذر الوقوف على هذه الارادة المفترضة فتذهب بعض التشريعات الى وضع ضوابط محددة يستهدى بها القاضى أو المحكم المختص لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المعنى ، مثل تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، أو قانون الدولة التى تم فيها إبرام العقد . [٢٩]

بينما تذهب بعض النظم القانونية الى ترك الامر لاجتهاد القاضى أو المحكم المختص ، بحيث يضع الحل المناسب لكل حالة على حدة ، وفقا لمقتضى الحال . [٣٠] ولاشك أن هذا الوضع قد أدى الى تباين الاحكام تباينا شديدا فى هذا الصدد ، على نحو يصعب معه القول بوجود حل ثابت للمشكلة المعنية . [٣١]

وعلى فرض جدلى ، فعدم تصدى عقود ضمان الاستثمار لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، من شأنه أن يؤدى الى العديد من المشاكل .

فمن ناحية أولى :

فقد لا توفق محكمة التحكيم المختصة فى الوقوف على الإرادة الضمنية ، أو المفترضة للمتعاقدين . ومن ثم ينتهى بها الأمر إلى تطبيق قانون لا يرتبط بعقد الضمان . ومثل هذا الخطأ يصعب تداركه ، سيما إذا علمنا أحكام هذه المحكمة نهائية ولا يجوز الطعن عليها بأى طريق [٣٢]

ومن ناحية ثانية :

فإن تخويل محكمة التحكيم سلطة وضع الضباط المناسب للتعرف عن إرادة المتعاقدين ، سوف يؤدى إلى تضارب الأحكام الصادرة عنها ، وإختلافها من حالة لأخرى ، سيما إذا وضعنا فى إعتبارنا أن تشكيل هذه المحكمة غير ثابت ؛ بل يتغير من خصومة إلى أخرى ، بحيث يصعب

عليها التعويل على ضابط معين فى هذا الصدد . ومن شأن هذا الوضع أن يؤدى إلى إهتزاز وعدم وضوح النظام القانونى لعقد الضمان ، وهى نتيجة غير مرغوب فيها ، سيما وانه لازال فى طور الحداثة .

ومن ناحية ثالثة :

فقد يشق على المحكمة المعنية الوقوف على إرادة المتعاقدين ضمنية كانت أم مفترضة . ويتعين عليها فى هذا الفرض وضع قاعدة إسناد خاصة بالمسألة المعنية وسوف تصادف هذه القاعدة العديد من الصعاب فضلاً عن إختلاف مضمونها من حالة لأخرى ، فقد كشف العمل عن تضارب ضوابط الإسناد التى وضعتها محاكم التحكيم الدولية بخصوص إسناد العقد الدولى . (٣٣)

فقد تذهب هذه المحكمة لإخضاع العقد المعنى لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين فى حالة معينة ، بينما تذهب فى حالة أخرى لإخضاعة لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ .

لا شك إن مثل هذا المسلك من شأنه الإخلال بالمساواة بين المستثمرين من ناحية ، كما إنه يجعلهم فى حيرة من أمرهم ، نظراً لعجزهم عن التنبؤ بالنظام القانونى الذى سيحكم عقدهم فى المستقبل، الأمر الذى قد يؤدى بهم إلى العزوف عن إبرام عقد الضمان ذاته .

وعلى أى حال فقاعدة الإسناد المعنية سوف تؤدى إلى تطبيق قانون وطنى معين على عقد الضمان . والمعروف الآن إن القوانين الوطنية لم تعد أنسب النظم لحكم العقود الدولية على وجه العموم ، وذلك نظراً لقيامها على إعتبارات مغايرة لتلك التى تقوم عليها العلاقات الدولية الخاصة . (٣٤)

فإذا كان الأمر كذلك ، وكان الثابت ان عقود الضمان المختلفة قد تصدت لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، فمن شأن هذا الوضع ان يجنبنا الوقوع فى المشاكل المتقدمة .

وعلى هذا النحو ، تتأكد لنا سلامة موقف القائمين على إعداد العقود السابقة فى هذا الخصوص .

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان :

ذهبت عقود الضمان المختلفة إلى تقرير مبدأ عام ، مقتضاه ، ان كافة المنازعات الناشئة عنها ، يتم حسمها وفقاً لأحكام الإتفاقية المنشئة للمؤسسة وللوائح الصادرة عن مجلس المؤسسة ، وللأحكام الواردة فى العقود المعنية (عقود الضمان) .

فالمصادرة المتقدمة ، هى المرجع الذى يتعين على المحكمة المختصة ان ترجع إليه ، توصلاً لحسم النزاع المعنى .

فإذا لم تهتد ، الأخيرة إلى حكم فى المصادر المتقدمة ، تعين عليها اللجؤ للمصادر التالية ، وبذات الترتيب :

أ ـ المبادىء القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة .

ب ـ المبادىء المعترف بها فى القانون الدولى .

جـ ـ القانـــون الطـبيعى ومبادىء العدالة .

ـ وننوه فى هذا الصدد ، إنه بجانب المصادر الرسمية سالفة البيان ، توجد ثمة مصادر غير رسمية [٣٥] ، لاتشير إليها عقود الضمان المختلفة ، ولكن يمكن الرجوع إليها والتعويل عليها عند الفصل فى المنازعات الناشئة عن العقود المعينة .

والمقصود بذلك :

أ ـ الشروط العامة .

ب ـ العرف .

جـ ـ السوابق .

ويهمنا الإشارة إليها قبل دراسة المصادر الرسمية ، والتى أسلفناها ذكراً . كذا يهمنا أن نفرض لموقف عقد الضمان من فكرتين حديثتين هما : القانون التجارى الدولى ، والقانون البيدولى .

أولاً : الشروط العامة وعقد الضمان :

جرى عرف المتعاملين فى التجارة الدولية ، على إستخدام الشروط العامة ، كوسيلة فنية لتنظيم علاقاتهم المعنية فى النطاق الدولى . [٣٦]

وبالمثل ، فقد قامت المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، بوصفها الجهاز الضامن ، بوضع الشروط العامة ، والتى تحكم علاقتها بمجموع المستثمرين . ومثل هذا المسلك ، يكشف بوضوح مقدار الثقل الذى تتمتع به المؤسسة فى مواجهة المستثمرين العرب طالبى الضمان . وقد أوضحنا فى دراسة سابقة ، هذه الحقيقة على وجه التفصيل فنحيل اليها منعا من التكرار . [٣٧]

وأيا ما كان الامر ، فالثابت عملا ، أن عقد الضمان ينصب فى وثيقتين

أ ـ الشروط العامة للتعاقد

ب ـ الشروط الخاصـــــة للتعاقد ولامشكلة فى الأمر ، اذا كانت الشروط العامةمحلا للعلم الفعــلى من جانـــب المستثمرين طالبى الضمان وقت التعاقد ، حيث يقومون بالتوقيع عليها .

ففى هذا الغرض تكون هذه الشـــروط ملزمـــة لهـــؤلاء المستثمرين شأنها فى ذلك شأن الشروط . الخاصة [٣٨]

وتتمتع الشـــروط العامـــة بالقوة الملزمة ، فى الفرض الذى تصبح فيه بمثابة أعراف يجرى التعامل على أساســـها . فهنا يلتـزم المتعاملون بمقتضاهـــا ، ما لم تنصرف اراداتهم الصريحة الى أستبعادها . [٣٩]

ولاصعوبة فى الامـــر ، اذا خلت الشروط الخاصة من أية شارة الى الشروط العامـــة ، حيث لا يلتزم المستثمر المضمون بهذه الشروط ، مالم يرتضيها صراحة ، نظرا لعدم علمه بها وقت التعاقد مع المؤسسة ، وقد كان بوسع الاخيرة أعلامه بها ، حتى تكون نافذة فى حقه . وحيث أنها لم تفعل ، فيجب عليها الا تفيد من تقصيرها فى هذا الصدد . [٤٠]

ولكـــن يـدق الامـر ، فى الصورة التى تشير فيها الشـروط الخاصـــة للشـــروط العامة ، دون أن يوقع الطرفان على هذه الاخيرة ، باعتبارها جزاءا من العقد المعنى .

قد يذهب البعض الى تقرير التزام الاطراف بها ، سيما المستثمر المضمون ، حيث كان بوسعه رفض التوقيع على الشروط الخاصة للتعاقد ، لحين الوقوف على الشروط العامة والتحقق من احكامها ، واذا أنه لم يفعل ، فهذا الوضع يكشف عن رضائه بها [٤١].

ولعل الصحيح فى الامر ، فهو وجوب تحقق العلم اليقينى بالشروط العامة فى جانب المستثمر طالب الضمان . اذ أن فى الزامه بشروط لا يعرفها فعلا ، عسف كبير ، سيما أنه بوسع المؤسسة العربية أعلامه بمضمون الشروط المعنية ، وبهذه المثابة يمكن أن يلتزم باحكامها . [٤٢]

ولاشك أن أعتياد المتعاقدين اللجوء الى الشروط العامة ، سوف يجعلها تتحول الى أعراف ملزمة لهم ، دون حاجة للاشارة اليها فى العقود .[٤٣]

ولا يفوتنا أن نؤكد ـ فى هذا المقام ـ الدور الفعال الذى يمكن أن تلعبه محاكم التحكيم فى تأكيد وجود الاعراف المعنية وتحديد مضمونها على وجه الدقة ، وذلك من خلال الاحكام التى تصدر عنها . [٤٤]

وأيا ما كان الامر ، فان تحديد عقود الضمان المختلفة للقانون الواجب التطبيق عليها ، وحصر مصادره فى المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة ، ومبادئ القانون الدولى والقانون الطبيعى ، أنما يكشف عن موقف القائمين على أعداد هذه العقود من فكرتى القانون التجارى الدولى [٤٥] والقانون البيدولى [٤٦] وهذا ما سنوضحه الان .

ثانيا : القانون التجارى الدولى ـ البيدولى وعقد الضمان

بينما فيما تقدم ، أن عقود الضمان المختلفة قد حددت القانون الواجب التطبيق عليها ، على النحو الذى اسلفناه ذكرا . والواضح أن الاخيرة لم تشر الى القانون التجارى الدولى أو القانون البيدولى ، رغم الدعوات الحارة فى الفقه الحديث لاعمال هذين الفرعيين الجديدين بصدد العقود الدولية .

وبهذه المثابة يثور التساؤل حول أساس هذا الموقف السلبى من الفرعين المقدمين ، كذا يثور التساؤل حول تقديرنا للموقف المعنى .هذا ماسنتصدى الآن لبيانه .

أ- نظرية القانون التجارى الدولى :

بدأ التبشير بظهور القانون التجارى الدولى فى أواخر الخمسينات وأوائل الستينات من هذا القرن ، وذلك على أثر ظهور العديد من العقود النموذجية والشروط العامة فى نطاق التجارة الدولية .[٤٧]

ويعرف البعض هذا القانون بأنه " مجموعة القواعد والعادات التى تعارف المتعاملون فى التجارة الدولية على الآخذ بها فى معاملاتهم " [٤٨] وقد أستحسن أنصار هذا الإتجاه ميلاد هذا الفرع الجديد ، قولاً منهم ، بأنه قد وضع تنظيماً لعمليات التبادل الإقتصادى على المستوى الدولى ، فقد ظهرت العديد من العقود النموذجية والشروط التى تنظم عمليات

البيع المصرفية والإعتمادات المستندية ، وفضلاً عن ذلك فقد كفل هذا القانون ، وجود تنظيم إجرائى دولى يتصدى لحسم كافة المنازعات الناشئة عن العقود سالفة البيان . (٤٩)

ويذهب البعض إلى ان القانون التجارى الدولى هو إحياء لذلك النظام القانونى الذى كان سائداً فى العصور الوسطى فى أوربا (والمسمى لكس مركاتوريا) ، حيث وجدت جماعة التجار ذات الكيان المستقل والتى كانت تخضع للقانون المتقدم . (٥٠)

فهذه الجماعة لم تكن متركزة فى دولة أوربية بعينها ، بل كانت منتشرة فى أنحاء القارة حيث كانت المعاملات التجارية تتم لديها وفقاً لأحكام هذا القانون . فإذا ماثار نزاع حول أية معاملة من المعاملات السابقة ، فإن محاكم التحكيم هى التى تتصدى لحسمه وفقاً للأعراف السائدة دونما حاجة لأعمال قواعد الإسناد المعنية . هذا عن الماضى . وبالمثل فإن النظر للحاضر يكشف عن ان المتعاملين فى التجارة الدولية يكونون مجتمعاً قانونياً بالمعنى الدقيق ، الأمر الذى يبرر تطبيق القانون المتقدم عليهم ، وذلك بعد أن لبس ثوبه الجديد على النحو الذى يلائم متطلبات الحياة الدولية الحديثة . (٥١)

وفضلاً عن ذلك ، فهؤلاء المتعاملين ينحون فى معاملاتهم إلى عدم الخضوع لأى نظام قانونى وطنى ، حيث يرون أن إراداتهم قادرة على خلق النظام القانونى الصالح لحكم علاقاتهم وذلك بفضل مايوجد لديهم من تنظيم داخلى . (٥٢)

فالمتعاملون فى التجارة الدولية ، يقومون بالتعبير عن إرادتهم الذاتية فى صورة عقود نموذجية تحتوى على تنظيم شامل وكامل لعلاقتهم بعضهم بالبعض الآخر . (٥٣) وعن طريق الإستعمال المتكرر لهذه العقود فى الحياة الدولية ، يمكن أن تتحول إحكامها إلى أعراف ملزمة . وسوف يزداد الشعور بالزاميتها لدى هؤلاء المتعاملين بعد أن تقوم محاكم التحكيم بتطبيقها عليهم وتوقيع الجزاء المناسب على من يخالفها . (٥٤)

ولا شك أن تنوع العقود النموذجية وما يترتب عليه من وجود أعراف متنوعة من شأنه الوصول بنا إلى نظام قانونى متكامل لحكم التجارة الدولية فى مجموعها . وبهذه المثابة ، فإن هؤلاء المتعاملين يكونون فى غنى عن اللجؤ لأى نظام قانونى داخلياً كان أم دولياً . (٥٥)

ب ـ تقدير نظرية القانون التجارى الدولى :

وجه الفقه نقداً شديداً لفكرة القانون التجارى الدولى ، نظراً لقيامها على غير أساس من الواقع . (٥٦) ذلك ان وجود أى مجتمع يستلزم توافر شرطين أساسيين ، هما التجانس بين أعضائه من ناحية ، ووجود روح التضامن بينهم من ناحية أخرى وهذان الشرطان لم يتوافرا بعد فى نطاق المتعاملين فى التجارة الدولية ، الأمر الذى لا يجوز معه خلع صفة المجتمع عليهم . (٥٧)

هذا إلى أن الإستعمال

المضطرد للعقود النموذجية فى مجال التجارة الدولية ، ليس بالأمر الكافى للقول بوجود القانون المعنى ، لأن هؤلاء المتعاملين فى التجارة الدولية ، لايكونون مجتمعاً (٥٨) والمعلوم لنا أنه لاقانون بدون مجتمع . وإذا سلمنا جدلاً بوجود قانون دون مجتمع ، فمن المؤكد أن العقود النموذجية سالفة الذكر يوجد منها آلاف الأنواع ، ولا يمكن القول بأنها سوف تخلق اعرافا دولية فى هذا المجال . (٥٩)

وفضلاً عن ذلك ، ففى العديد من مجالات التجارة الدولية ، يصعب القول بأن العقود النموذجية قد تكفلت بوضع تنظيم شامل للعلاقات التى ترد عليها ، بحيث يلقى قبولاً عاماً فى أرجاء المعمورة . (٦٠)

وفى النهاية ، فإن مايعيب الإتجاه المتقدم ، إن دعاته لم يحددوا لنا نطاق سريان القانون المعنى سواء من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه ، أو من حيث التصرفات التى يحكمها .

وبهذه المثابة تنهار نظرية القانون التجارى لدولى ، وفى ضوء هذا النظر ، فقد أحسن القائمون على إعداد عقود الضمان المختلفة صنعاً بعدم الإشارة إلى القانون المتقدم بوصفه القانون الواجب التطبيق عليها .

للبحث بقية

لا أحد ينكر حرية المحاماة ، إنها حق المحاماة ، ويجب أن تبقى من حقوقها ، إنها ليست مكسباً للمحاماة ، ولا هى ملك لها ، فإن المحاماة لا تتمتع بها من أجل المحامين ، ولكن من أجل الصالح العام ، صالح المتقاضين وصالح جميع المتقاضين .

المحامى الفرنسى
شيه دى أستانج

١ـ راجع فى ذلك تفصيلاً :

د. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار ....، المرجع السابق ، ص٦٩ ومابعده ، والهوامش الواردة فى الصفحات المعينة .

د. هشام خالد ، الحماية القانونية ....، المرجع السابق ، ص١٣ ومابعدها ، والهوامش الواردة فى الصفحات المعين .

٢ـ د. هشام خالد ، عقد ضمان الرستثمار ....، المرجع السابق ، ص٦٩ وما بعدها ، وكافة المراجع المشار إليها فى الصفحات المتقدمة .

د. هشام خالد ، لحماية القانونية ...، المرجع السابق ، ص١٣ .

٣ـ د. هشام خالد ، الحماية ...، المرجع السابق ، ص٥٦ ومابعدها

٤ـ د. هشام خالد ، المرجع السابق ، ص٩٢ ومابعدها .

٥ـ د. هشام خالد ، المؤسسة العربية ...، المرجع السابق ، ص١٥ ومابعدها والمراجع الواردة فى الصفحات المعينة .

د. هشام خالد ، الحماية ....، المرجع السابق ، ص١٣٦ وما بعدها ، والمراجع الواردة فى الصفحات المعينة .

٦ـ د. هشام خالد ، خصائص وطبيعة ...، المرجع السابق ، ص٢١ وما بعدها ، والمراجع الواردة فى الصفحات المعينة .

٧ـ فى عرض هذا النظر ، راجع

د. هشام خالد ، خصائص وطبيعة ....، المرجع السابق ، ص٣٣ والمراجع الواردة فى الصفحات المعينة .

٨ ـ راجع فى ذلك تفصيلاً :

د. هشام خالد ، خصائص وطبيعة ....، المرجع السابق ، ص٣٤ وما بعدها ، والمراجع الواردة فى الصفحات المعينة ، وخاصة ص٥٥ ، ٥٨ ، ٧٥ .

٩ ـ بخصوص فكرة القانون الذاتى لعقد ، راجع تفصيلاً :

Batiffol (H.) , le role de la volonte en droit international prive, Archives de philosop hie du droit , 1957 , p. 71 et seq .

Derains , Le statut des usages du commerce international devant ies juridictions arbitrales . revue de l' arbitrage , 1973 . no3 , p.

122 , 134 , 136 - 137 .

goldschmidt , transactions between states and public firms , R.C.A.D.I. , 1972 , vol 136 , p. 276 .

kegel , the crisis of conflict of laws , R.C.A.D.I. 1964 , vol 122 , p. 257 ss.

Schmittoff , unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions , I.C.L.Q., 1968 , p. 563 .

goldman , frontieres du droit et lex mercatoria , archives de philosophie du droit , 1964 , p. 184- Chronique des sentances arbitrales , journal du droit international . 101 annee 1974 no4 , actobre - decembre , p882 et seq .

Ray , law governing contracvts between states and foreign nationals , proceedings of 1960 institute on private investments abroad , 1960 , p. 30-31 .

Spofford , third party gudgement and international economic transactions , R.C.A.D.I., 1975 , vol 145 , p. 264 ss .

Vallindas , Aplea For internationational legal Science , I.c.L .Q., 1959 , p.619 ss

فى الفقه العربى راجع تفصيلا :

د. عبد البارى أحمد عبد البارى ، النظام القانونى لعمليات البترول ، الطبعة الاولى ، ١٤٠٨ هجريا ، ١٩٨٨ ، ص ١١١ وما بعدها

١٠ - Batiffol , le role ... , op . cit , p .73 "

...Il devient Clair que le contrat n , etant soumis a aucne loi , il est obLigatoire par La suele Force des consentements .

Une autre signification , du contrat sans Loi est la primaute du subjectivisme contractualiste ... pour quoi chercher une Loi qui qui donne Force a un contrat aLors que le contrat . . . , se suffit a Lui - meme ... "

puffit a Lui - meme ... "

Spofford , op . cit , p . 192 et seq .

Sanders , Trends in International Commercial Arbitration, R.cC.A.I , vol 145 , p.264

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٧٥/١٢/١٣ ، الدائـــــــرة الرابعة الى تقرير التالى :

" L " soire en matiere .d, arbitraccord compromis age inter nationaL presente une compLete autonomie et de ce Fait est vaLabLe Independament de la reference a tout Loi etatique " Cour d'AppeL de paris , (4e ch .) 13 de cembre 1965 . en R. Crlt dr . int . pr ., p .. 507 .1976

Voir aussi,Cour de Cass., Ize ch . civ , 4duillet 1972 . p .82 1974 .en . R . Cit di , int . pr ., -83.

١١- مع ذلك قـارن

vallindas , op. cit, p.619 .

١٢- فى هذا المعنى ، راجع تفصيلاً :

, p.257, 277, 307 .goldschmidt, op. cit

وحول نظرية سلطان الإرادة ، وأسسها الفلسفية ، والإقتصادية راجع تفصيلاً :

د. نعيم عطية ، الأسس التقليدية لنظرية حقوق الأفراد العامـة فى الفـكر الدسـتورى الفرنسى .

مجلس إدارة قضايا الحكومة ، س٢٠ ، ع٣ ، يوليو- سبتمبر ١٩٧٦ ، ص٦٠٤ وما بعدها.

وفى الفقه الأجنبى ، راجع :

Mann (F. A.), The proper law of the contract, I. L.Q., Vol. 8, 1950. P. 61.

Atto Kahn - Freund and others, A Source Book on French Law, system - methods, 2nd ed., 1979, Oxford, P. 318-319.

Bordeax (Affaire) Jahn Contre Charry, 71. 1. 1870, en : Freund,

op, Cit, P. 330 - 333.

Fathi Abdalla, Le formalisms dans le contrat en drait civil comparé, These, Paris 1967, P. 10et seq, P. 47 et seq, P. 153 et seq.

Robier (P.) Le role de la volonte dans la relation des droits et des devoirs, Archives de philosophie du droit, 1957, P1 et seq.

١٣- راجع في ذلك تفصيلاً :

goldschmidt, op. cit, p. 258 .

Spofford, op. cit, p. 194 .

١٤- راجع في ذلك تفصيلاً :

Fr iedmann (w) the changing structure of international law, landon, 1964, P. 175.

Mann, proper law of contracts concluded By international persons, B.Y.Bl. L., 1959, p. 49.

El kocheri (A.) , stabilite' et evolution dans les techniques utilissespar les pays en voie d'industrialisation, en :

Le contrat economic international, paris, 1975, p. 290. gialdino (A.c.) , La volonte' des parties en droit international prive', R.C.A.D.I., 1972 vol 137, p.795.

١٥- راجع في ذلك : المراجع الواردة في الهامش المتقدم . د. هشام خالد، خصائص وطبيعة ...، المرجع السابق ، ص ٣٠ وما بعدها ، والمراجع الواردة في الصفحات المعينة .

١٦- اجع في ذلك تفصيلاً :

Boggiano, International standard contracts, R.C.A.D.I., vol 170, 1981, p.20 ss.

١٧- قارب :

Delaume, proper law of loans concluded by international persons, A. G. I L., Vol. 56, 1962, P. 63-68.

مع ذلك ، تجدر الإشارة إلى أن العقود النموذجية تلعب دوراً هاماً في حسم المنازعات الناشئة عن العقود الدولية ، وذلك نظراً لشمولها للعديد من الأحكام التي من شأنها إنهاء النزاع المعنى في عدد لا بأس منه من الحالات

راجع ذلك فى :

Sereni (A.), International economic institutions and the municipal laes of states, R.C.A.D.I., 1959 vol 96, p.227-231.

Schmitthoff, Unification..., op. cit, p.559ss.

Benjamin (p.) ,The EEC. general conditions of sale and standard form contracts, 1961, J.B.L.113.

David, The Methods of Unification, A.I.C.L., vol 16,no 1.2, 1968, p.22.

Spofford, op. cit, p.196-197.

Mann, Reflections on a commercial law of nations , B.Y.B.I.L., 1957, P.98.

Bonnel, The unidroit inictive for progressivve codificotion of International Trade law, I.C.L.Q., vol 27 p.413, 430, 4330435 .

Berlioz, le contrat d'Adhesion, Paris, 1976, p.63.

Kahn, Lex mercatcria et la pratique des contrats internationaux, in Contrat Economic International, 1975,p.171.

Boggiano, op.cit, 17 ss.

١٨ـ راجع فى ذلك تفصيلاً :

Revue Crit. dr. int. pr. 1950,p. 609 R.crit. 1952, p.502.

Batiffol, La Sentance Aramco et le droit international prive', R.crit, 1964, p.655-656.

Cheshire's, private international law, By north, London, 1974,p.214.

١٩ـ فى عرض هذا الرأى ، راجع تفصيلاً :

Bauer, Les t raites et les regles de droit international, R.crit., 1966,p.545-546.

٢٠ـ بخصوص إرتباط القانون بالإجتماع الإنسانى ، وليس بالدولة راجع تفصيلاً :

د. جلال العدوى ، القانون والإجتماع الإنسانى ، مجلة الحقوق س١٥، ع٢ ، ص٢٠١ وما بعدها .

ماكيفر ، تكوين الدولة . ترجمة :

د. حسن صعب ، بيروت ١٩٦٦ ، ص٤١ وما بعدها .

وفى الفقه الأجنبى راجع تفصيلاً :

Ledrer, Interational ncn-governmental orgnisations, Leyden, 1963, p.67.

Batiffol, Lerole.., op.cit, p. 73074.

وتجدر الإشارة إلى أن النظرية الوضعية ، قد لعبت دوراً كبيراً فى ترسيخ الإعتقاد بأن القانون قرين دائم للدولة .

Reda (H) Is social control the basic function of law ?

مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، س١٤،ع١، ١٩٧٢ ، ص١-٤.

٢١- راجع ما بعده .

٢٢- حول مشكلة الكشف عن إرادة المتعاقدين بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، راجع تفصيلاً : راجع تفصيلاً :

Lando, scandinavian conflict of law rules respecting contracts, A. J. C. L., 1957, p.3-4.

Law of the nordic states, I.C.L.Q., vol .6, part 4, october 1957, p.589ss.

Lalive, contracts between a state and a state agency and a foreign company, I.C.L.Q., vol 13, 1964, p. 992.

Mann, the proper law of contracts concluded..., op.cit, p.41.

Ramazani, choice of law problems and international contracts, A Case Study, I.C.L.Q., 1962, p.506 ss.

Luzzatte, international commercial Arbitration and the municipal law of states, R.C.A.D.I., vol 157, p62.

Khan (pH.), La vente commercial interational, The'se, paris, 1961,p.302 .

goldschmidt, op,cit, p. 319 ss.

Monaco, observa tions sur les contrats conclus par des arganisations international , Melange, Modinos, pedone, 1968, p.86-87.

Rabel, conflcit of laws, chicago, 1950 vol.3, p.8-9.

Mann, The proper..., I.L.Q., 1950, p.60.

Kamel(M.) , The law applicable to international contracts , Revue Egyptien de Droit International, vol 12, T. 1,1956, p. 1 ss.

Mann, The proper law of the contract: ARejoinder, I.L.Q., vol 3, october 1950 , Notes, p. 597 ss.

Cheshire, private International law , 7th ed., p. 192ss.

Wolff, (M.), private internationl law, London, 1945, 2nd ed., p.400ss. Yentema, am.J.C.L., 1952, p.482ss.

Kelly (s.) ,international contrats and party autonomy, I.C.L.Q., vol.19, 1970, p.701.

Cohn, I.C.L.Q., 1957, p.373ss.

Dicey& Morris, conflict of laws, laws, 8th ed., p. 698.

وحول إختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين وإدماجها فى عقدهم ، راجع تفصيلاً :

Chitty on Contrcts, 1968, p.840.

Cheshire, op. cit, p.209.

Dicey &Morris, op.cit, p.701, 702.

٢٣- راجع فى ذلك تفصيلاً ، كافة المراجع الواردة فى الهامش السابق ، ذات المواضع . وفضلاً عن ذلك راجع أيضاً رسالة الزميل الدكتور أحمد السمدان ، تحت عنوان :

A- rad private International law and contracts conflict Rules, A comparative study on principles of Islamic and ciil legal systems, First Edition , 1986, Kuwait University, p53ss.

وفى الفقه العربى راجع تفصيلاً :

د. حامد زكى ، القانون الدولى الخاص المصرى ، ط٢، ١٩٤٠ ، ص٣٣٧ وما بعدها .

د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، ج٢، ط٨، ١٩٧٧ ص٤١٧ وما بعدها .

د. محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ط٢، ١٩٧٨ ص٥٨٣ وما بعدها . مع ملاحظة إنه يرى إقتصار دور قانون الإرادة على حكم أثار العقد فقط .

د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد ، الوسيط فى القانون الدولى الخاص . دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص٣٧٠ وما بعدها .

د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، ط٢، ص٦٧٢ وما بعدها .

د. أحمد عشوش ، الوسيط فى القانون الدولى البخاص ، المجلد الثالث ، ١٩٨٧ ، ص١٩٧ وما بعدها .

د. إبراهيم أحمد ، القانون الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين ، سيد عبد الله وهبه ، القاهرة ١٩٨٥ - ١٩٨٦ ، ص٢٢٤.

د. عصام القصى ، الوجيز فى القانون الدولى الخاص ، الكتاب الثانى فى تنازع الإختصاص القانونى - تنازع الإختصاص القضائى ، ١٩٨٧ - ١٩٨٨ ، ص١٨٤ وما بعدها .

د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولى الخاص العربى ، الجزء الثالث ، فى تنازع القوانين ، صادر عن معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، ٢. ١٩٦٢، ص٥٤ وما بعدها .

د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ١٩٧٠ ، ص٥٣٣ وما بعدها .

د. سامية راشد ، الأحكام الوضعية فى تنازع القوانين ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ١٩٧٣ ، ص١٣٦ وما بعدها .

٢٤. راجع المراجع الواردة فى الهامش السابق . كذا راجع :

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص.٤٣.

٢٥. وهذا ما قررته المحكمة الفيدرالية فى سويسرا ، فى حكمها الصادر فى ٣١ أغسطس ١٩٥٣ ، حيث قررت مانصه :

" Le droit, applicable a un contrat resuile de la volonte' expresse ou tacite des parties ...' Tribunal Federale Suisse, 31 aout 1953, en : R. crit . dr. int . pr., 1954, p.799.

وهذا أيضاً ما قررته محكمة النقض البلجيكية فى حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر ١٩٧٤ ، وحكمها الصادر فى ٢١ فبراير ١٩٧٥ ،

حيث قررت ما نصه :

" A defaut de stipulation expreese constantant la volonte' des parties, le juge peut, en cas de conflit de lois, rechercher dans les element de la cause a' quelle loi elles ont entundu soumettre leur engagement contractuels '.

cour de cass . de Belgique, 27 novembre 1974, 21 Fevrien 1975. en; R.crit dr. int. pr., 1976, p. 660.

وفى الفقة الأجنبى راجع :

Cohn, objective, op. cit, p.327.

Mann, proper..., 1950 , p.60.

Samadan, op. cit, p. 60 ss.

وفى الفقة العربى راجع :

د. حامد زكى ، المرجع السابق ، ص٣٤٢.

د. جابر جاد ، القانون الدولى الخاص ... المرجع السابق ، ص٥٦.

د. جابر جاد ، تنازع القوانين ... المرجع السابق ، ص٥٣٤

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص٤٣١

د. محمد كمال فهمى ، المرجـــع الســـابق ، الموضـــع السابق .

د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص٣٧٢ .

د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص١٣٧ .

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص٦٧٢.

د. أحمد عشوش ، المرجع السابق ، ص١٩٧ .

د. إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص٢٢٦

د. عصام القصبى ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

٢٦- راجع فى ذلك تفصيلاً :

Dicey & Marris, op. cit, p. 704 ss.

Hambro, op. cit, p. 599.ss

Chitty, op, cit, p.837. ss

Cheshire's, op. cit, p. 210.ss

Jenks, proper law of International organisations, London, 1962, p.150ss.

Sanders, op.cit, p. 247ss.

Ramazani, op, cit,p. 514.

Friedmann, Arbitration between governments and foreign private firms, pro ceedings of Am. Soc. I.L., 1961, p.74.

وفى الفقة العربى ، راجع تفصيلاً :

د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى ، ١٩٨١ ، ص١٣٨ وما بعدها .

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص٤٣١.

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص٦٥٤.

مع ذلك قارن :

Hambro, op.cit , p599.

Lalive, op.cit,p.995.

Dicey & Morris, op. cit, p. 705, note 87.

٢٧ـ فى عرض هذا النظر ، راجع تفصيلاً :

Cheshire's, op. cit, p. 212.- Chitty, op. cit, p. 833-834.

Lalive, op. cit, p. 1011. - Dicey7 Monris, op. cit, p. 693

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص٤٣٢ ،ما بعدها .

د. محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٥٩٠ .

٢٨ـ فى عرض هذا النظر :

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص٦٥٨(ط٣) .

٢٩ـ راجع على سبيل المثال :

م١٩ من القانون المدنى المصرى .

٣٠ـ راجع فى ذلك :

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص٦٥٩.

٣١ـ راجع فى ذلك :

د. هشام صادق، المرجع السابق ، ص٦٥٨، هامش ١.

٣٢- راجع ملحق تسوية المنازعات : م٤/١/ز.

٣٣- راجع فى ذلك تفصيلاً :

Fouchard, L'Arbitrage com ercial international, paris, 1965, p.379

د. أبو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص١٣٨ وما بعدها .

ويذهب البعض إلى التشكيك فى قدرة د الإسناد فى حسم المنازعات الدولية الخاصة الجديدة ، تلك المنازعات التى تنشأ بين الكيانات الدولية بعضها مع البعض الآخر ، أو بينها والأفراد

راجع فى ذلك تفصيلاً :

Seyersted, Applicable law in reations between Intergovernmen-tai organisations and private parties, R.C.A.D.I., 1967,3,p.504

د. ثروت حبيت ، دراسات فى قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، لم يذكر تاريخ النشر ، ص٤١٨.

٣٤- فالثابت إن التشريعات الداخلية تهدف إلى حماية المصالح الوطنية للدولة التى أصدرتها ، ولاتعنى فى الغالب بمصالح التجارة الدولية .

فى تقرير هذا النظر . راجع تفصيلاً .

Lepaulle (p.) Le droit international prive', 1948, Introduction.

Szasy 91.0, Substantine rules in the in the conflict of laws, comparison of law, Budapest, 1974, p.97.

David, op.cit, p.25.

Dicey, op, cit, p.7. Drucker, soviet views on private international law, I.C.L.Q., vol 19,p. 386.

Berman, consequences in privatc international law of the development of the role of the state, congres international de droit compare' 6,p.445.

د. أحمد القشيرى ، الإتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، مجلد ٢١ . ١٩٦٥ ص٦٣ وما بعدها .

٣٥ـ حول المصادر الرسمية وغير الرسمية ، راجع بوجه عام :

Ehrenzweig (A>) , Foreign rules as a "Source of law" in : Legal Thought in U.S.A., Brssels, 1970, p.71-72.

٣٦ـ حول الشروط العامة وقوتها الملزمة فى نطاق التجارة لبدولية ، راجع تفصيلاً :

goldschmidt, op, cit, p. 260.

Broches, International legal Aspects of the operations of the world Bank, R.C.A.D,I.,vol 98,p.342.

gorla, standard conditIONS and form contracts in Italian law, A.J.C.L., 1962, vol 11, p.1 seq . cour de j ustice des communautes Europeennes, 14 Decembre 1976, en R. Crit dr.

int. pr., 1977, no 3, p. 576 - 577.

Sereni , op, cit , p. 227, 231.

Bonnel, op, cit, p.436.

مراد فريد ، توحيد القانون الخاص ، مجلة القانون والإقتصاد ، س٣٤، ع٣، ص٨٠٨ .

٣٧ـ د. هشام خالد ، المؤسسة العربية ....، المرجع السابق ، ص١٠٨ وما بعدها .

٣٨ـ وهذا ما أستقر عليه قضاء محكمة النقض الإيطالية فى الحالات النظرية راجع تفصيلاً الأحكام الآتية :

26 April, 1946 .

26 Juin, 1946 .

30 November, 1950 . gorla, op. crit, p. 5-6.

والأحكام المتقدمة ، منشار لها فى :

ووراجع أيضاً :

مراد فريد ، المرجع السابق ، ص٨٠٨ .

٣٩ـ فى الأخذ بذات النظر فى موضع مماثل ، راجع :

gorla, op, cit, p.4.

٤٠. فى الأخذ بنظر مقارب فى موضع مماثل ، راجع تفصيلاً :

محكمة إستئناف أبو ظبى ، إستئناف مدنى رقم ٩٥/ ١٩٧٦ ، مجلة العدالة ، س٥ ، ع١٧ ، يناير ١٩٧٨ ، ص١٤٨ .

مع ذلك قارن :

د. ثروت حبيب ، المرجع السابق ، ص٦٨.

٤١. فى عرض هذا النظر ، راجع :

gorla , op. cit, p.7.

Boggiano, op. cit, p.21

٤٢. وهذا هو مسلك القانون الألمانى ، الهولندى ، الإيطالى ، الفرنسى والبلجيكى ، والأسبانى ، والأرجنتينى . وتأخذ بذات النظر العديد من التشريعات .

راجع تفصيلاً :

Rcdiere (R.), Harmcnisation du droit des affaires dans les pays du Marche' Commun, la Formation du Contrat. paris 1976 , p.101.

مشار إليه في :

Boggiano, op.cit, p. 25, 97, note 32.

وراجع أيضاً فى :

gorla, op. cit, p.4.

٤٣. حول تقرير ذات النظر فى موضع مماثل ، راجع تفصيلا :

Cotsonis (I.) usage in modern canon law , Rapports generaux au Ve_ Congress int . de. Compare, Brusselle , 1960 . vol i, p.73.

Reuter, Judicial and institutional aspcets of the european regional communities , in: Melvvin , European Integration, 1962, p,48

٤٤. فى الأخذ بذات النظر فى موضع مماثل ، راجع تفصيلاً .

Srarke Introduction tólnternational law, London , 1967, p,38-39

Joldstajn, permanent and Ad hoc arbitration , in International Economic and Trade law, By schmitth off and simmonds , Leyden, 1976, p.191-192.

٤٥ - Lex Mercatoria

٤٦- Trananational Law .

٤٧- راجع فى ذلك بالتفصيل :

Kahn, Lex Meratoria et pratique des contrats internationaux in : contrat international ..., op. cit, p.171.

goldman, Frontieres du droit et lex mercatoria, Archives de la philosophie de droit, T.ix, 1964, p. 177 et sep, p.181 kegel, crisis..., op. cit, p. 257.

Fawcett, Trade and finance in international law, R.C.A.D.I., vol 123, p.219 ss.

٤٨- راجع فى ذلك تفصيلاً :

goldman, op. cit, p.185.

kahn, op. cit, p.171-172..

٤٩ - فى هـــذا المعنـــى ، راجع :

goldman, op. cit, p.185.

kahn, op.cit, p.171-172.

٥٠ - goldman op. cit, p. 178ss.

Madal, Foreign trade monoply and private international law, Budapest, 1967, p. 20-21.

Schmitthoff, International.., op. cit, p.261.

٥١- فى عرض هذا النظر

Vitta, International conventions,

R.C.A.D.I. vol 126, p.201.

وقارب :

Kahn, op. cit,p.173.

وقارن :

Madal, op. cit, p. 20-21

٥٢- فى عرض هذا النظر ، راجع :

Madal, op. cit, p.20-21.

٥٣- Kahn, op. cit,. p.171

goldman, op.cit, p.177.

٥٤- Kahn, op.cit, p.171.

٥٥ ـ فى هذا المعنى تقريباً ، راجع :

Sanders, p.263.

Fawcett, op.cit, p.220.

Kegel, op.cit, p.258.

Madal, op.cit, p.18.

٥٦-

Kegel, op. cit, p.260ss

ومشار إليه أيضاً فى :

Vitta, op. cit, p.201-2020 Kahn, op.cit, p.173.

مع ذلك قارن :

goldman, op. cit, p.177.

٥٧ - Kahn, Loc. Cit.

٥٨ - Kahn, Op. Cit, P. 173 - 176.

٥٩- Kahn, Op. Cit, P. 181

٦٠ - Kahn, Op. Cit, P. 182

المخاطر الإدارية

للسيد الاستاذ
. عبد العاطى عبد المقصود بدر
المحامى

مقدمة :

اذا كان نظام العقد فى ظل القانون الخاص يقدم على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يستطيع متعاقد واحد بارادته المنفردة أن يعدل من نصوص العقد الذى يجب تنفيذه بالاسلوب والطريقة المتفق عليها .

فالامر بلاشك على خلاف ذلك فى مجال عقد القانون الادارى فمتى أبرم عقد إدارى فهناك مجموعة من القواعد الخاصة تصبح بحكم القانون واجبة التطبيق وهذه القواعد الخاصة هى التى فرضت عم المساواة القانونية بين الفرد المتعاقد الذى لا يسعى الا لتحقيق مصلحة خاصة والادارة التى تملك حق تعديل عقد وهى الادارية اذا ما اقتضت ذلك المصلحة العامة لأن هذه المصلحة الخاصة لا ينبغى أن تقف حائلا أمام المصلحة العامة اذا ما دعت الحاجة الى وجوب تعديل العقد الادارى وهكذا فأن نظرية عدم ثبات العقد الادارى تعتبر اليوم خروجاً على المبدأ الاساسى فى القانون الخاص وهو عدم المساس بالقوة الملزمة للعقد المبرم بين الاطراف فالثبات المطلق لعقد القانون الخاص يجب أن يحل محله عدم ثبات العقود الادارية فالعقد الادارى يعتبر اليوم وسيلة فنية قانونية موضوعة تحت تصرف الادارة تستعين بها لضمان السير الطبيعى للمرافق العامة على أساس أن هذه الوسيلة القانونية هى أكثر سهولة وفاعلية من وسائل القانون الخاص وهكذا يمكن القول أن نظرية عمل الامير أو كما تسمى " فعل الادارة " تأتى لتحد من القول الملزمة للعقود الادارية وعدم الثبات كل أنواع التعديلات والتغيرات التى يمكن أدخالها على القوة الملزمة للعقود ولكن ليس معنى ذلك أن هذه النظرية تقضى تماما على القوة الملزمة للعقود الادارية ولكنها تحد من مدى هذه القوة .

تعريف النظرية :

نظرية عمل الأمير قديمة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى وهى من خلق هذا المجلس ولم تعرف فى مصر الا مع بداية إنشاء مجلس الدولة المصرى فى سنة ١٩٤٦م وعلى الرغم من انتشار هذه النظرية فهى لا تزال غير واضحة المعالم والحدود .

ويطلق الاستاذ الدكتور / توفيق شحاتة اصطلاح المخاطر الادارية على نظرية فعل الأمير ويعرضها بأنها كل اجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد فى الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة وفى الالتزامات التى ينص عليها العقد مما يطلق عليه

بصفة عامة المخاطر الادارية [١] . بينما يعرضها البعض بأنها الاعمال الادارية المشروعة التى تصدر عن السلطة العامة التى أبرمت العقد لها على تنفيذ العقد أثر يضر بمصالح المتعاقد [٢] .

ويعرضها أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى بانها عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد فى عقد إدارى ويؤدى الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالى للعقد [٣] .

تقسيم:

ينقسم بحثنا فى نظرية عمل الأمير الى ثلاثة أبواب :

الباب الأول

ونتناول فيه الشروط العامة لتطبيق النظرية وأساس تطبيقها ونوزع الدراسة فيه على فصلين :

الفصل الاول : أساس النظرية

الفصل الثانى : الشروط العام لتطبيق النظرية

الباب الثانى

نطاق تطبيق النظرية

الفصل الاول : عمل الأمير فى صورة إجراء خاص .

الفصل الثانى : عمل الامير فى صورة اجراء عام .

ونبين فى كل منهما الاجراءات التى تؤدى الى تعديل شروط العقد والتى تؤثر فى ظروف التنفيذ .

الباب الثالث

الفصل الاول : أساس التعويض

الفصل الثانى : كيفية تحديد التعويض وعناصره

الباب الاول

الشروط العامة لتطبيق النظرية

وأساس تطبيقها

ونظرية عمل الأمير من خلق مجلس الدولة الفرنسى المتحرر من جمود القواعد القانونية لذلك يستقى حلوله من كل النظم وخاصة قواعد الحق والعدالة . فطالما عدلت الادارة من عقودها فان أعمال قواعد العدالة ومراعاة قاعدتها حسن النية تلزم بتعويض كافة النتائج الضارة المترتبة على تصرفها .

تقسيم :

توزع الدراسة فى هذا الباب على فصلين حيث نتناول فى الفصل الاول أساس النظرية حيث يعد هذا المدخل الحقيقى لبحثنا فى نظرية عمل الأمير ، ونتناول فى الفصل الثانى الشروط العامة لتطبيق النظرية .

الفصل الاول : أساس النظرية

يثرد الفقه بين اربع نظريات لبتريو النظرية [٤]

اولا - نظرية التوازن المالى للعقد :

تعتبر نظرية التوازن المالى للعقد من الخصائص الذاتية للنظرية العامة للعقود الادارية . وجريا مع ما ذهب اليه الغالبية نرى أنها الأساس العام لنظرية عمل الأمير .

وقد ورد مبدأ التوازن المالى للعقد الادارى فى عبارات لا زالت تذكر دائما [٥] اذا انهار اقتصاد العقد من الناحية المالية وإذا كان إستعمال السلطة مانحة الألتزام لسلطتها فى

التدخل قد أخل بهذا التوازن بين المزايا والأعبـــاء أو بين الالتزامـــات والحقوق فلا شئ يحول بين الملتزم والالتجاء الى قاضى العقد ليثبت أن التدخل رغم كونه مشروعا فى حد ذاته وملزماً له قد أصابه بضرر يستجوب التعويض .

وفكرة التوازن المالى للعقد فكرة تبرر للمتعاقد مع الادارة الحصول على تعويض يغطى ما يتحمله المتعاقد من ضرر نتيجة التفاوت الكبير ـ الذى حصل بســبب تعديل العقـــد من قبـــل الادارة تبين التزاماته وحقوقه حتى فى حالة سكوت العقد عن ذلك لان هذه الفكرة إقتضتها إعتبارات عملية متعلق بالصالح العام حيث أن الادارة وهى المسئولة عن تحقيق الصالح العام يقتضى منها ذلك الهدف إن تتعامل وتتعاقد مع ذوى الكفاءة الفنية والمالية من الناس لذلك يكون فى غير مصلحة الإدارة أن يضحى بالمصالح المشروعة للمتعاقد معها وإلا أدى ذلك إلى نفور الأكفاء من الناس من التعاقد مع الدولة وهذه نتيجة لاتتفق مع الصالح العام [م٥] .

فالعدالة تقتضى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الإدارة كما يعتبر ذلك مصلحة المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بإلتزماته ويشجع الأفراد على التعامل مع الإدارة .

وقد أخذت محكمة القضاء الادارى بالأفكار الراجحة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالى للعقد الادأرى وذلك فى حكم لها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ حيث جاء فى حيثياته " أن الفقه والقضاء الادارى قد أمر نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالى للعقد ، وغير من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التى ينتفع بها . . . وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة ولو لم يصدر خطأ مـــن جانـــب الادارة . . . " [٦] .

وخلاصة ذلك :

أن للادارة حق التعديل وفى مقابل هذه المكنة يكون للمتعاقد الحق فى التعويض ولكن هذا التعويض ليس مبنياً على خطأ الادارة ، وليس للمتعاقد ان يطلب ابطال التصرف الصادر بالتعديل وكل ما يمكن ان يطالب به التعويض بل وعليه ان يستمر فى تنفيذالعقد والا تعرض للعديد من الجزاءات .

وفى البحث عن أساس للربط بين التزام الادارة بتعويض الضرر الذى يصيب المتعاقد نتيجة تدخلها بالتعديل فقد ابتدع الفقه هذه النظرية على أن التوازن هنا لا يعنى التوازن الحسابى ولكن التوازن الشريف بين الإلتزامات والحقوق التى كانت محل إعتبار المتعاقد وقت إبرام العقد وإن هذه الحالة هى التى حملته على التعاقد ويقول إستاذنا العميد سليمان الطماوى أن مبدأ التوازن المالى للعقد الإدارى لا يكفى لتبريـــر التعويض فى جميع الحالات التى يحكم فيها القضاء الإدارى بتعويض المتعاقد دون خطأ من جانب الإدارة ، ويستطرد أستاذنا إلى القول بأن فكرة التوازن المالى تنطوى على

حقيقة لا شك فيها ولا يمكن إنكارها وأن إلتزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع إلتزاماته زيادة ونقصاً متى كانت بفعل الإدارة ولكن ذلك لا يعني وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والإلتزامات (٧) .

فمبدأ التوازن ليس سوى توجيه عام يستوجب الابقاء على طبيعة العقد كما كانت عند التعاقد . وعموماً قد تزيد الادارة من الالتزامات المترتبة على العقد أو قد تنقص منها ولكن عليها ان تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادى ابقاء على خواصه الاصلية .

وبالتالى نرى الأخذ بنظرية التوازن المالى للعقد الادارى كأساس عام لنظرية عمل الأمير وخاصة لان مسئولية الادارة المتعاقدة فى إعادة التوازن المالي للعقد لاتتصل بفكرة الخطأ لان الاجراءات التى إتخذتها الادارة المتعاقدة وسببت ضرر للمتعاقد معها هى اجراءات مشروعة فى ذاتها .

نظرية الاثراء بلا سبب :

يذهب الفقيه هوريو الى القول بان أساس التعويض يقوم على فكرة الإثراء بلا سبب فما دامت الادارة قد أنقصت بقرار صادر من جانبها المزايا المالية التى اتفقت عليها مع متعاقدها فانها تكون بذلك قد أثرت دون ان يستند هذا الاثراء الى سبب فى العقد .

وقد انتقدت هذه النظرية اذ أنها تخضع التعويض لضرورة إثراء لصالح الادارة على حساب المتعاقد بينما التعويض يدفع للمتعاقد مع الادارة اذا لم تصب الادارة أى أثراء لانه عند تعيين التعويض لا يدخل فى الاعتبار الا ما يكون قد صاب المتعاقد من أضرار لحقت بـه وما فاتـه من كسب . كما أن القول بهذه النظرية كاساس للعمل الأمير يؤدى الى إستبعاد التعويض عندما ما يكون التعديل أمرت به سلطة أخرى غير السلطة المتعاقدة (٨) .

نظرية مبدأ المساواة أمام الاعباء العامة :

هذا المبدأ من المبادئ العامة التى استحدثها القانون الادارى ومقتضاة ان الافراد ملزمون بالمساهمة فى تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مراكزهم وقدرتهم ومكانتهم الخاصة - والمتعاقد مع الادارة يساهم فى نشاطها مساهمة خاصة ويتحمل من جراء ذلك عبئا يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد صحيح أنه ليحصل مقابل هذا العبء الخاص على عوض إجمالى ولكن اذا ما تقررت للادارة سلطة زيادة هذا العبء الخاص دون أن يعوض المتعاقد معها عن تلك الزيادة لاختل مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة إذ أن المتعاقد يتحمل وحده ضريبة تقع اعباؤها عليه دون بقية المواطنين .ومبدأ المساواة أمام الاعباء العامة يصلح اساساً للتعويض سواء صدر اجراء التعديل من السلطة المتعاقدة أو غيرها وسواء كان التعديل يمس العقد بطريقة مباشرة أم بطريق غير مباشر (٩) على أن تعديل العقد إذا كان عام بمعنى ان الاجراء يمس المتعاقد والغير أيضاً فينبغى

فى هـذه الحالـــــة تحديـــده بقيديـــن هما :

١ ـ أن يكون الضرر الذى لحق المتعاقد ضرر خاص .

٢ ـ أن يترتب على الضرر إختلال التوازن المالى للعقد (١٠)

نظرية المسئولية التعاقدية للادارة

يرد بعض الفقهاء مصدر التزام الادارة المتعاقدة بالتعويض الى نصوص العقد نفسه وذلك على إعتبار ان المتعاقد مع الادارة لم يتعهد فى العقد إلا بالقياس الى محل ثابت بالذات وعلى اساس سبب محدد وأنه لم يقبل بعض الالتزامـات الا بمقابـــل عينى .

غير أن محل العقد الادارى ليس ثابتا إنما هو متطور وينبغى أن يساير المقتضيات المستجدة فتعديل التزامات المتعاقد مع الادارة بالزيادة أو التنقصان حتى يكون المرفق العام مسايراً للتطور يستتبع تعديل العوض الذى يحصل عليه والا كان محل العقد على أثر تعديله أو انهائه مفتقراً الى سبب وصار الالتزام باطل .

هذه الفكرة تصلح الى حد بعيد لتأسيس التزام الادارة المتعاقدة بالتعويض فى حالة تعيل نص من نصوص العقد من جانبها وحدها ولكنها قاصرة فى تبرير التعويض فى حالة اذا كان الإجراء المعدل للمركز المالى للعقد صادر من جهة أخرى خلاف الجهة المتعاقدة (١١) .

فليس كل تعديل يحدث ضرر للمتعاقد ولا يمكن تصور وجود مسئولية بدون ضرر فالضرر شرط أساسى لكل مسـئولية .

ثم أن تعديل العقد من الممكن أن يكون مفيداً للمتعاقد نفسه ومن ثم قد لا يستحق هذا المتعاقد بداهة أى تعويض حتى ولو كانت الادارة قد فسخت العقد أو قللت من أهميته أو حتى اذا كان تنفيذ العقد يعتبر باهظا ومكلفاً للمتعاقد (١٢) .

وعلى ذلك : اذا ماطلبت الادارة من المتعاقد أن يرفع اجور عماله حتى تتساوى مع الأزدياد المطرد فى أجور اليد العاملة . فلا يكون للمتعاقد الحق فى طلب التعويض ذلك أن ما فعلته الادارة مجرد لفت النظر للمستوى الجارى للمرتبات والأجور . أما اذا ما فرضت الادارة على المتعاقد معها ان يدفع مرتبات وأجور أعلى من المعدل العادى للأجور السائدة فيكون هناك موجب للتعويض .

على أنه لا يشترط فى الضرر درجة معينة من الجسامة فقد يكون الضرر جسيم أو يسيرا وقد يتمثل فى ضرر فعلى يصيب المتعاقد وقد يكون مجرد انقاص فى الربح الذى عول عليه وكل ما يتطلبه مجلس الدولة الفرنسى حدوث إختـلال فى التوازن المـالى للعقد (١٣) .

وإختلال التوازن المالى للعقد يقتضى فحص هذا العقد فى مجموعه لا النظر الي عنصر من عناصره فقط (١٤) .

الفصل الثانى : الشروط العامة لتطبيق النظرية

لاشك أن حقد التعاقد فى التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير يفترض توافر شروط معينة : ـ

الشرط الأول : أن يكون هناك

عقد إدارى .

يجب أن يكون هناك ثمة عقد من العقود الادارية بمعناها المتفق عليه بنظرية عمل الأمير من الأفكار الادارية التى لا مقابل لها فى القانون الخاص ولهذا فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير الا بصدد منازعة تتعلق بعقد إدارى [١٥] . اذ بغير ذلك لا يثار مجال أعمال هذه النظرية وقد أكدت المحكمة العليا ضرورة توافر هذا الشرط حيث ذكرت " متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الاضرار التى تترتب على التشريع الجديد استناداً الى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون إذ من المقرر أن المسئولية التى ترتب التعويض فى نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم الا فى حالة ما اذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد بأن زاد فى الأعباء التى يتحملها فى تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد وأن تؤدى هذه الزيادة فى الأعباء المالية الى الأخلال بالتوازن المالى للعقد " [١٦]

الشرط الثانى : أن يترتب على العمل ضرر المتعاقد .

هذا الشرط يتضمن بالضرورة شرطا بديهيا هو أن يكون العقد جرى تعديله وأن هذا التعديل أصاب المتعاقد بنوع من الضرر وإذن فلا يستطيع المتعاقد أن يطلب التعويض مالم يثبت أن التدبير الذى على أساسه يتمسك بفعل الأمير قد أحدث له ضرر وهذا المبدأ أصبح مستقراً ويجرى عليه القضاء .

الشرط الثالث : أن يكون العمل صادر من جهة الادارة المتعاقدة .

إذا كان إختلال التوازن المالى للعقد نتيجة لعمل او لتقصير من جانب المتعاقد مع الادارة فانه يتحمل وحده نتيجة عمله أو تقصيره .

واذا كان نتيجة لعمل الادارة المتعاقدة أو لتقصيرها فتطبق نظرية فعل الأمير . أما اذا كان نتيجة لاجراءات عامة تتخذها سلطة عامة غير الجهة الادارية المتعاقدة مثل تحديد الأجور وأسعار السلع وبصفة عامة التشريعات الاجتماعية أو العمالية أو الضرائبية أو الاقتصادية فان مجلس الدولة الفرنسى يطبق بشأنها نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير [١٧] .

الشرط الرابع : أن الإدارة لم تخطئ حين أتخذت عملها الضار .

إن إلتزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام فاذا ما تصرفت جهة الادارة المتعاقدة فى حدود سلطاتها وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد فان الادارة تسأل فى نطاق عمل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ فى جانبها ذلك أن المسئولية فى نطاق تلك النظرية وان كانت مسئولية عقدية إلا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ أما اذا انطوى تصرفها على خطأ فأنها تسأل على أساس هذا الخطأ . [١٨]

الشرط الخامس : أن يكون الإجراء الصادر من الادارة غير متوقع .

إذا كان الإجراء الذى حدث من الممكن عادة توقعه أثناء ابرام العقد فانه يفترض ان المتعاقد كان قد نظر اليه بعينى الاعتبار . وشرط عدم توقع الإجراء واضح لاخلاف عليه فيما يتعلق بالاجراءات العامة ولكن عمل الامير يغطى الإجراءات الخاصة التى تصدر من الإدارة وتؤدى الى تعديل شروط العقد وعلى ذلك فان كل تعديل فى هذه الحالة يعتبر متوقعــاً فالتعاقــد مـع الادارة لابد وان يعلم بصفة أكيدة بحقها دائما فى ان تدخل بطريق مباشر وغير مباشر تعديلات على عقودها الادارية واذا كان هذا يبدو صحيحاً إلا أن شرط عدم التوقيع المقصود لا ينصرف الى أصل الحق فى التعديل فهذا التعديل متوقع من الادارة دائما ولكن عدم التوقيع هو حدود هذا التعديل ومداه فاذا نظم العقد كيفية اجراء التعديل ومداه استبعدت النظرية أما اذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فان النظرية بطبق [19]

ويجب ان يراعى فيما يتعلق بتنفيذ العقود المتراخية التى تمتد لمدة طويلة ضرورة التمييز بين ما يقع من مخاطر عادية ومن مخاطر غير عادية والمخاطر غير العادية هى التى تخرج عن حد المألوف وغالبا تكون ذات طابع اقتصادى أو تترتب عليها نتائج اقتصادية أو وقوع أزمة اقتصادية بل يمكن ان تطبق النظرية اثر وقوع حوادث طبيعية مثل حدوث فيضان غير متوقع [20] .

هذا وقد أجملت المحكمة العليا شروط تطبيق نظرية عمل الأمير فى حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ حيث جاء فى حيثيات حكمها ما يلى :

" اذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هى عقد إدارى فان شروط نظرية " فعل الأمير " التى استند اليها الطاعن فى تقرير أحقيته فى التعويض غير متوافرة فى حالته

ذلك ان شروطها هى . . . " [21]

وهى ذات الشروط التى اوردناها وقمنا بشرحها فيما سبق .

الباب الثانى

نطاق تطبيق النظرية

يختلف نطاق النظرية بإختلاف ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تؤثر على العقد فتعد له تعديلاً مباشراً أو تعديلاً غير مباشر . والتعديلات المباشرة هى تلك التى تكون نتيجة إجراءات تمس نصــاً من نصوص العقد أو مجمــوع النصــــوص مساســاً مباشراً ، أما التعديلات غير المباشرة فإنها تكون نتيجة إجــراءات تنظيميـــــة عامـــــة (قوانين أو لوائح) لا يقصد بها تعديل العقد نفسه ولكنها تؤثر على العقد فتجعل تنفيذه أشد عسراً أو أكثر نفقات أو أقل أرباحاً .

وفيما يلى نعرض تفصيلاً لهاتين الصورتين فندرس على التوالى :

الفصل الأول : عمل الأمير فى صورة إجراء خاص .

الفصل الثانى : عمل الأمير فى صورة إجراء عام

الفصل الأول : عمل الأمير

فى صورة إجراء خاص

هذه الصورة الأولى من عمل الأمير فقد يتخذ فى العمل صورة إجراء خاص يؤدى إما إلى المساس بنصوص العقد ذاتها أو يعدل من شروط تنفيذه فللأدارة الحق دائما فى أن تتدخل مباشرة وتعدل من إلتزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقص .

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين : -

المبحث الأول : الإجراءات التى تؤدى إلى تعديل شروط العقد .

المبحث الثانى : الإجراءات التى تؤثر فى ظروف التنفيذ .

المبحث الأول

الإجراءات التى تؤدى إلى تعديل مباشر فى شروط العقد .

للأدارة الحق فى أن تتدخل مباشرة بقرارت منها وأن تعدل فى إلتزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو بالنقص كالقرار الذى يصدر من السلطة الإدارية بتعديلات فى شروط التعاقد ومن قبيلها زيادة نطاق الأعمال التى يعهد بها إلى المتعاقد مع الإدارة أو على العكس تضييق نطاق هذه الأعمال عن الحد المتفق عليه والذى كان المتعاقد مع الإدارة يعتمد عليه لتحقيق أرباحه .

وهذا الحق الخطير من جانب الإدارة يقابله حق المتعاقد فى ضمان التوازن المالى للعقد . ومن ثم فإن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا من أحلى صورهما حيث تعتبر مثل تلك التدخلات دائماً النموذج المثالى لهذه النظرية .

ولا خلاف بين الفقهاء ولا فى احكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما يلحقة من جراء تعديل شروط العقد .

وكل ذلك بشرط أن تحترم لإدارة الإلتزامات المفروضة عليها فسلطة الإدارة فى هذا الخصوص ليست سلطة مطلقة تمارسها لمحض إختيارها والقول بغير ذلك يعنى أن العقد الإدارى يلزم الأفراد ولا يلزم الإدارة ذلك مالا يمكن التسليح به وإلا لأهدرنا فكرة العقد الإدارى من أساسها .

فالمتعاقدان فى العقد الإدارى قد لا يكونان على قدم المساواة ولكنه عقد ملزم للإدارة وللأفراد فى الحدود التى تتفق وطبيعة الروابط الإدارية فلم يسلم مجلس الدولة الفرنسى أو المصرى لإدارة بتلك السلطة الخطيرة إلا بقصد تمكين الإدارة من تحرير العقد بما يجعله ملائماً للصالح العام ولكن تلك السلطة لا تعنى بأى حال من الأحوال عدم التزام الإدارة بعقودها (٢٢) فسلطة الإدارة فى التعديل تقتصر على الشروط التى تتصل بمصلحة المرفق فلا تتناول تلك التى تتصل بالروابط المالية بين المتعاقدين وفى داخل هذا النطاق لا يجوز للإدارة - فى إجرائها لتعديل العقد أن تجاوز الحدود الطبيعية من حيث إمكانيات المتعاقد معها الفنية أو المالية أو أن يصل التعديل الذى تجريه الإدارة إلى حد تغيير جوهر العقد كلية ولا كان للمتعاقد معها فى الحالتين أن يطلب إلى القضاء فسخ العقد (٢٣) وكما أوضحنا سابقاً أن هذا الحق الخطير المقرر

للإدارة بمقابلة حق المتعاقد فى إقتضاء التعويض اللازم نتيجة هذه التعديلات فإذا ما خرجت الإدارة على تلك القيود فإن تصرفها ينطوى على خطأ تعاقدى ومن ثم نخرج من نطاق نظرية عمل الأمير التى تقوم على غير أساس الخطأ ـ وتسأل الإدارة على أساس الخطأ مسئولية قد تؤدى إلى فسخ العقد على حسابها مع تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً .

المبحث الثانى

الإجراءات التى تؤثر فى ظروف التنفيــذ

قد يكون الإجراء الخاص الذى تتخذه جهة الإدارة غير مؤثر بطريق مباشر على شروط العقد ولكنه يؤدى إلى تغير فى ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة كان يستتبع إضافة فى النفقات تسـبب نوعـاً مـن الضـرر للمتعاقد .

وحينئـذ يتعـين تعـويض المتعاقد أيضاً تعويضاً كاملاً على أسـاس التوازن المـالى للعقد .

ويدخل فى هـذه الطائفـة الإجراءات الآتية ما يلى :-

أولاً : حـالات حـكم فيها بالتعويض

(١) إجراءات الرقابة والتوصية فى تنفيذ العقد :

للإدارة سلطات تكفل لها الرقابة والتوصية على تلك العقود أثناء تنفيذها ولا شك أن الأوامر المصلحية الصادرة عن الإدارة بالتعديل تمثل صورة حقيقة ومباشرة تبرز لنا حقيقة سلطة التوجيه التى تباشرها .

فمثل تلك الإجراءات وان لم يكن القصد منها احداث تعديل فى شروط العقد إلا إنها قد تؤثر بالضرورة على شروط تنفيذه الأمر الذى يترتب عليه ان يتكبد المتعاقد بعضاً من النفقات وتتمثل الإجراءات فى احلى صورها فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة .

(٢) إجراءات البوليس ـ

هذه الإجراءات تعد المثل النموذجى للأجرءات التى يمكن ان تمس شروط تنفيذ العقد ان تقترب من المساس بنصوصه .

ويترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد ففى حكم لمجلس الدولة الفرنسى الصادر ٢٩ إبريل سنة ١٨٩٨ حيث ان الطرد الذى أمر بـه وزير الداخلية لعمال أجانب (إيطاليين) يستخدمهم أحد المقاولين فى تنفيذ العقد على أثر مظاهرة قام بها هؤلاء فى موقع العمل لا يفتح الباب أمام المقاول فى طلب التعويض . ذلك إنه كان إستعمال اليد العاملة ليس محرماً إلا إنه يبقى على أى حال خاضعاً لتنفيذ التدابير التى تستوجبها دواعى الأمن العام .

وفى تعليق على هذا الحكم يلاحظ الفقية " دى لوبادير أن عمومية الصيغة التى إستعملها المجلس يجب إلا تخدعنا فى هذا الصدد . فهناك أحكام أخرى لهذا المجلس خاصة بقضائه المتعلق بنقل الكهربائية التى أمرت بها الإدارة لاسباب تتعلق بفكرة تدابير الأمن والنظام مثل تلك الإجراءات وإن كانت تتدخل فى نطاق نظرية عمل الأمير إلا أنه من النادر أن تعطى لحق فى التعويض .

ويرفض الأستاذ الدكتور ثروت بدوى فكرة ان الإجراء السابق إجراء عام نادى بذلك الفقية لوبادير هذا القضاء . ذلك الإجراء الصادر من وزير الداخلية كان بحرص إلى حالة محدودة هى طرد العمال الأجانب الذين أثاروا بعض الإضطرابات ولكن النتائج الضارة المترتبة على هذا الإجراء تحملها المتعاقد مع الإدارة ولذلك يجب أن تكون المسئولية على عائق الجهة الإدارية . ويقول أستاذنا بإنه يمكن تبرير الحكم بالتعويض على أساس أن هذا الإجراء رغم كونه مؤثر على مركز المتعاقد فإنه لا يصيبه بوصفه متعاقد وإنما مواطناً يجب أن يخضع كغيرة لإجراءات وتدابير البوليس (٢٤)

(٣) قيام الإدارة بالاشغال العامة :

قد تقوم الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضرار فى تنفيذ العقد وعندئذ يستحق تعويضاً على أساس نظرية عمل الأمير حتى لو أغفل العقد تنظيم هذا الموضوع لأن هذه الأشغال يترتب عليها إخلال بحقوق الإستعمال والإستغلال المقرر للملتزم الدومين العام .

(٤) قيام الإدارة باعمال مادية

الإدارة المتعاقدة تقوم من جانبها بعمل مادى من شأنه زيادة أعباء المتعاقد ويسبب له إضرار بتعويض المتعاقد الذى أصـــيب بهذه الإضـــرار دون إستلزام

خطا من جانب الإدارة اى تطبيقا لنظرية عمل الامير .

ثانيا: حــالات رفــض فيهـــا التعويض :ـ

يجمع جانب من الفقية على أن مجلس الدولة الفرنسى فى حالات يمكن أن تتدرج فى النطاق السابق لم يقضى بالتعويض وهى تتمثل أساساً فى الحالتين التاليتين :

(١) تتعاقد الإدارة فى بعض الحالات مع الأفراد على أساس أن تضع تحت فهم المساجين فى سجن معين فإذا حدث وسحبت الإدارة بعض هؤلاء المساجين مما أنقص عددهم . فلا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن ذلك سواء أكان مرجع هذا التصرف إلى نقل المساجين من سجن إلى آخر أو تعديل فى التشريع الجنائى .

ويفسر الفقهاء مسلك مجلس الدولة الفرنسى هذا بطبيعة تلك العقود فالمتعاقد يعلم سلفاً أن عدد المسجونين قابلاً للزيادة أو النقص فى جميع الحالات وإن الإدارة لا يمكن أن تضمن له عدد محدوداً ومن ثم فإن العمل متوقع فينفذ شرط من ظروط تطبيقه (٢٥)

(٢) لا يعـــوض مجـــلس الدولة على أساس عمل الأمير إذا كان الضرر الذى يطالب به المتعاقد يرجع إلى إرتفاع الأسعار نتيجة لتدخل الإدارة فى السوق ولشرائها كميات كبيرة من البضائـــع موضوع التعاقد . أو قيامها بوضع أسعار أعلى فى عقود مشابهة فى وقت معاصر وفى هذا الإفتراض فإن رفض التعويض يمكن تفسيرة على أساس أن الضرر ليس مباشر ويبرر الفيه هوريو ـ رفض التعويض ـ بأن

نظرية عمل الأمير تفترض ان يصدر العمل من الإدارة كسلطة عامة وليس كمتعاقدة فى السوق .

ويقول الفقيه دى لوبادير أن هوريو من شأنه تطبيق النظرية بقصرها على الإضرار المترتبة على أعمال السلطة العامة دون التصرفات العادية .

ويرجح أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى رأى ديلوبادير ذلك أن التمييز بين أعمال السلطة والتصرفات العادية كأن الأساس الذى يقوم عليه القانون الإدارى حتى مطلع هذا القرن قد حجر من مجال القانون الإدارى لفساد الإعتبارات التى كان يقوم عليها ذلك المعيار - معيار السلطة العامة وبالتالى يجدر بنا حجره فى مجال العقود الإدارية أيضاً . ولا شك أن فكرة الضرر غير المباشر كافية لتبرير الحلول التى قال بها المجلس فى هذا الخصوص (٢٦) وإذا كان المجلس قد رفض تطبيق النظرية فى هذه الحالات فإنه يطبق عليها نظرية الظروف الطارئة متى أستوفت شروطها .

الفصل الثانى : عمل الامير فى صوره اجراء عام :

يقصد بالاجراء العام قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقد معها يكون من شأنها زياده المتعاقد معها . فهل تعويض المتعاقد فى هذه الحالات عن الاضرار التى تناله من جراء هذه الاجراءات العامة ؟

ذهب المفوض لاتورنيرى الى أنكار تطبيق النظريه بشأنها مادام المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الاجراءات التى تشمل جميع المواطنين ويرى هذا الفقيه ان الاجراء العام غير الموجه الى المتعاقد مباشره لا يعوض عنه الا فى حالتين :

الحالة الاولى : أن ينص العقد على ذلك صراحة .

الحالة الثانية : أن يكون الاجراء العام غير متوقع .

ويكون التعويض بالتطبيق لنظريه الظروف الطارئة عمل الامير ولكن هذا الرأى غير سليم ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسى . وعلى ذلك لا يجب الاخذ به اليوم حيث أصبح مقبولا أمكان التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الامير فى حالات عديده بمناسبه الاجراءات مقبولا أمكان التعويض الكامل على أساس نظريه عمل الامير فى حالات عديده بمناسبة الاجراءات العامة .

وقد يؤدي الاجراء العام الصادر من السلطة العامة إما الى تعديل مباشر فى شروط العقد وإما الى التأثير فى ظروف التنفيذ الخارجية وهذا سندرسه فى البحثين الاول والثانى .

المبحث الاول

الاجراء العام الذى يؤدى الى تعديل شروط العقد :

قد يؤدى التشريع أو اللائحه الى تعديل مباشر فى شروط العقد اما بتعطيل بعض الشروط أو بتعديل فحواها أو بإنهاء العقد قبل الاوان ويلاحظ كثرة هذه الاجراءات فى الوقت الحاضر نظرا لازدياد الطابع الاشتراكى للدولة الحديثة ويتعين تعويض المتعاقد على

أساس نظرية عمل الأمير فى هذا المجال .

ففى حكم المجلس الدولة الفرنسى فى قضية سكك حديد الغرب وتتلخص ظروف هذه القضية فى أنه صدر فى فرنسا مرسوم بقانون فى ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ يقضى بخفض نفقات الدولة فى جميع الميادين بنسبة ١٠ ٪ وقد أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على شركة حديد الغرب الى تعديل الاتفاق الذى تم بينها وبين الدولة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٩ والذى أستردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذى كانت تتولاه الشركة مقابل مبالغ سنوية محددة تؤديها الدولة الى تلك الشركة فلما تظلمت الشركة من خفض الاقساط بنسبة ١٠٪ وفقا للمرسوم بقانون المشار اليه قضى المجلس وفقا لتقرير المفوض جويس بتعويض الشركة تعويضات كاملة على أساس نظرية عمل الأمير .

وقد قال المفوض جوس فى هذا الخصوص أن كون الاقساط التى التزمت الدولة بأدئها الى الشركة المدعية قد حددت بمقتضى العقد لا يحول دون تطبيق المرسوم بقانون الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ والذى يقضى بخفض جميع نفقات الدولة بنسبة ١٠٪ ولكن يجب ان يبحث الامر فى نطاق المبادئ التى تحكم تدخل الدولة كسلطة تشريعية فى مجال عقودها مع الأفراد وهنا لا يمكن إنكار حق الأفراد فى التعويض مادام التشريع لم يتضمن حكما بعكس ذلك [٢٧] .

المبحث الثانى

الاجراءات العامة التى تعدل من ظروف التنفيذ الخارجية

الغرض من هذه الحالة أن الاجراء أيا كان مصدره يقتضى أثره على التأثير فى ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر شقة على المتعاقد وفى هذه الحاله فإن مشكلة تطبيق نظرية عمل الأمير تصبح دقيقة للغاية . ويلاحظ الفقهاء أن الأصل فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى الا يعوض المتعاقد عن الأضرار التى يتحملها الا فى حدود ضيقة بحيث يمكن القول أن القاعدة هى رفض التعويض ، والإستثناء الحكم به وكل ذلك على أساس نظرية عمل الأمير بطبيعة الحال لان رفض التعويض على أساس عمل الأمير لا يعنى أنه لا يمكن المطالبة على أساس آخر .

ومن ثم فاننا نتعرض للحالات التى رفض فيها القضاء التعويض على أساس النظرية ثم للحالات التى أقر فيها بالتعويض أستثناء .

أولا : الحالات التى رفض فيها التعويض : ـ

هناك صيغة تقليدية يستعملها مجلس الدولة الفرنسى ويذكرها بإستمرار فى أحكامه التى من هذا النوع " وحيث أن نصوص القانون أو اللائحة ذات طابع عام وأن الضرر الذى نال المتعاقد من جرائها إنما تحمله فى ذلك الظروف الخاصة ومن ثم فإنه لا يستحق عنها تعويضا إلا إذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . . . "

وقد إختلف الفقهاء فى تحديد مدلول هذه العبارة [٢٨] فذهب رأى الى القول بإستبعاد نظرية عمل الأمير فى هذه الحالة لأن المجلس يجرى على رفض التعويض فى هذه الحالات ليس لأن التوازن المالى للعقد قد أختل ولكن لأنه لم يحدث ضرر خاص لهذا المتعاقد أما إذا أثبت المتعاقد أن ضرراً قد لحق به فإن المتعاقد فى إستطاعته الإستفادة من نظرية الظروف الطارئة متى أستوفت شروطها .

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء فى تفسير مدلول هذه العبارة المشار اليها سابقاً الى تفسير ينتهى الى إقرار تطبيق نظرية عمل الأمير فى تلك الصورة ولكن بشروط أشد . . فهـم يـرون أن عموميـة الإجـراءات الصـادرة مـن السلطات العامة والتى لا تمس شروط العقد مباشرة لا يمكن أن يؤدى الى تطبيق نظرية عمل الأمير إلا إذا أدت الى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب فى حين أنه يكفى فى الظروف العادية لتطبيق نظرية عمل الأمير أن ينال المتعاقد ضرر أيا كانت درجته .

والخلاف بين الرأيين لا يقف عند مجرد الاعتبارات النظرية ولكن له أثر عملى هام لأن الأختلاف فى أسـاس المسئولية يؤدى إلى خـلاف فى مقدار التعويض .

وأيّاما كان الأمر فإنه يمكن القول أن مجلس الدولة الفرنسى قد رفض التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير فى الحالات الآتية :

١ - فى مجال الإجراءات الضريبية مثال ذلك : فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام وزيادتها أو تشاء أو زيادة الرسوم على الإنتاج فالمقصود هنا تلك الضرائب والرسوم التى تفرض على مادة أو أكثر من المواد التى تدخل فى تنفيذ سلعة معينة تعتبر موضوع عقد من العقود وينتج عنها أرتفاع حقيقى فى سعرها

ويتحمل المتعاقد نتائج تلك الإجراءات العامة كغيره من المواطنين دون أن يكون له مركز ممتاز عنهم وبالتالى ليس له أن يستند الى تلك الإجراءات لكى يطالب الإدارة بالتعويض .

٢ - فى مجال الإجراءات الإجتماعية : [٢٩]

مثال ذلك التشريعات التى تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال والتى يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ مثل التشريعات الخاصـة بزيادة الأجـور أو بغلاء المعيشة أو التأمين ضد أصابة العمل .

وقـد أدت آثـار هذه الإجراءات الاجتماعيـة الى قضاء غزير فى هذا الموضوع فتلك الإجراءات لم تكن تصيب فقط هؤلاء المتعاقدين مع الإدارة بل هى ذات نطاق عام ترى على المجموع فكل من كان يتعامل مع اليد العاملة وهو نفسـه مضارا بسبب تلك الإجراءات العامة .

وأعتمادا على هذا الأعتبار فقد رفض مجلس الدولة الفرنسى طلبات تعويض الأعباء التى فرضها قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ والمتعلقة بحوادث العمل تأسيسا على الحقيقة العامة لهذا التشريع

وفى مصر نذكر من فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة تتعلق الاولى بطلب شركتين تعديل حقوقهم المالية بمناسبة تنفيذ أحكام قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ وما تلاه من تعديل أجور العمال وإشتراطات عقد العمل وإنتهى رأى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الى أن الشركتين المتعاقدتين لا تستحقان قبل الحكومة تعويضا عن التكاليف الإضافية المترتبة على تطبيق قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ أما الفتوى الثانيه فتتعلق بخصوص تطبيق قانون التأمينات الإجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ حيث أدى الي زياده أعباء لبعض شركات المقـــاولات . وأنتهى رأى الجمعية العمومية الى رفض تطبيق نظرية عمل الأمير فى هذا الغرض لتعلق التشريع بكافة أرباب الأعمال وليس بهذه الشركات وحدها .

٣ - فى مجال التنظيمات الإقتصادية والنقدية : (٣٠)

مثال ذلك التشريعات التى تصـدر بتنظيم الاســـتيراد والتصدير وتلك التى تسمح بزيادة أجور النقل فى السكك الحديديه أو غيرها والتشريعات التى تصدر فى شئون النقد .

والدولة وهى تنظم الاقتصاد القومى تؤثر بطبيعة الحال بتلك الإجراءات التى تتخذها فى هذا الشأن المجال على الأحوال الإقتصادية فى البلاد بأحداث تغيير فى الأسعار أو صعوبات فى النقل فهذه إجراءات عامة صادرة من سلطة الدولة فان أول أدت الى زيادة أعباء المتعاقد فان مجلس الدولـــة يرفض الحكم بالتعويض .

وقد سارت محكمة القضاء الإدارى المصرى فى ذات الإتجاه ففى حــكم لهـا بتاريـــخ ١٩٦٩/١/٥ جاء فى حيثياته أنه يشترط لتعويض المدعين أعمال لنظرية عمل الأمير . . الا أن ذلك لا ينطبق على حاله المدعين أذ أن رفع سعر الأرز الذى يدخل ضمن الموارده لم يكن بقرار من جهة الادارة المتعاقد ومن ثم لا ينطبق نظرية الامير المذكورة . . . (٣١) .

ثانيا : الحالات الاستثنائية التى قبل فيها التعويض : -

هنــاك حالتين لا تثيران صعوبة وهما :

١ - حالة النص عــلى التعويض فى القانون

٢ - حالــة النص عــلى التعويض فى العقد .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى لم يقف عند هاتين الحالتين بال منح التعويض فى حــالات أستثنائية أخرى على اســاس نظرية عمل الأمير .

ويثور التساؤل الآتى على أى أساس يعوض مجلس الدولة الفرنسى عن الإجراءات العامة التى تؤثر فى شروط العقد مباشرة .

هنـــاك بعض المعاييــر والتوجيهــات تقدمها الفقهـــاء ويمكن إستخلاصها أيضاً من أحــكام مجــلس الدولــــة الفرنسى وهى :

اولا : فكرة الضرر الخاص : -

إن مجلس الدولــة الفرنسى

لا يحكم بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الإجراءات العامة إلا إذا أثبت التعاقد إن ضرراً خاصاً لحق به وإن هذا الضـرر لا يشاركه فيه سائرون من يهم الإجراء العام وقد دافع عن هذه الفكرة ثروت بدوى وجعلها الشرط الوحيد للتعويض فى هذه الحالات حيث يقول لقد سبق أن نـــادت محكمة القضـــاء الإدارى المصرية بهذا المعيار فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٥/١/٣ حيث تقول " يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيسا على نظرية عمل الاميران تصدر الحكومة تشريع عام جديد يمس مركز المتعاقد معها يضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد المتعاقد وحده دون مجموع الشعب أو إذا أصابة من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب .

وذهب الفقيه هيوريو فى بعض تعليقاته الى أن الضرر الخاص مستمر نظرا للرابطة المتعاقدين فيه بين المتعاقد والسلطات العامة والى تميزه عن سـائر المضرورين من تلك التشريعات بينما يـرى الفقيــه هوريو ان المفهوم السارى للضرر الخاص هو مفهوم واسع وبالتالى لايصلح كمعيار إلا إذا حدد تماما وبالتالى يعتبر الضرر محدد إذا مس الإجراء الأسس ذاتها للعقد ومن هذه الواقعة يكون المتعاقد قد أصابه ضرر خـاص .

ثانيا : أن يمس الإجراء موضوعا جوهريا كان له دور حاسم فى دفع الفرد إلى التعاقد مع الإدارة .

إذا مس الاجــراء العام موضوع جوهرى فى العقد يهم المتعاقد فإنه مجلس الدولة الفرنسى يحكم بالتعويض كذلك إذ شكل الإجراء العام مصلحته حقيقية للمتعاقد بأن يكون محولا عليه فى تنفيذ التزامه بل وقد يكون الدافع له على التعاقد فإذا ما قصرت الإدارة فى تنفيذ هذا الإجراء فأن مجلس الدولة الفرنسى يعترف بحقه فى التعويض تأسيسا على أن هذا الإجراء عنصر جوهرى فى العقد واشارت الى ذلك ايضا محكمة القضاء الادارى المصرى فى حكمها فى يناير ١٩٦٣/٦/١٦ جاء حيثياته " القاعده رقم عمومية الإجراء فانه المتعاقد مع الادارة لا يستحق تعويض كاملا الا اذا كان الإجراء يمس شرطا جوهريا ايا كان هـو الدافـع لابـرام العقد . . ." (٣٢) .

الباب الثالث

آثار تطبيق النظرية

يترتب على تطبيق نظرية عمل الأمير أثر هام هو تعويض مع الإدارة تعويضا كاملا ولكن قد يتولد عن عمل الأمير نتائج أخرى فرعية منها : -

١ - تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ اذا ترتب على نظرية عمل الأمير استحالة التنفيذ فيمكن أعتباره كما لو كان قوة قاهرة مثل صدور تشريع يحرم استيراد سلعة كانت محلا للتعاقد بين الإدارة والمتعاقد معها .

٢ - قد يؤدى عمل الأمير الى جعل التنفيذ عسيرا بحيث يبرر ذلك التأخر فى التنفيذ ومن

ثم يعتبر ذلك عذرا للمتعاقد يعفيه من توقيع الغرامات المالية عليه .

٣ ـ اذا ترتب على عمل الأمير زيادة فى أعباء المتعاقد تزيد على أمكانياته المالية أو الفنية فله ان يطالب بفسخ العقد . ويستطيع المتعاقد ان يجمع بين بعض النتائج السابقة اذا تعدد الأسباب كالحصول على تعويض وفسخ العقد .

وسنقوم فى هذا الباب بدراسة النتيجة الرئيسية المترتبة على عمل الأمير وذلك فى فصلين حيث نبين فيهما تحديد التعويض وعناصره ثم نبين الإستثناءات التى ترد على التعويض الكامل .

الفصل الاول

تحديد التعويض وعناصره

يجب على الإدارة ان تعوض المتعاقد تعويضا كاملاً اذا ما ثبت ان العمل الضار من قبيل عمل الأمير حيث تتيح تلك النظرية هذا الحق للمتعاقد [٣٣] . وكثيرا ما يذكر قضاء مجلس الدولة الفرنسى أو المصرى مبدأ التعويض الكامل صراحة فى أحكامه . ففى حكم بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥ لمحكمة القضاء الإدارى جاء فى حيثياته " وتأسيسا على نظرية التوازن المالى للعقد يكون للمتعاقد تعويض كامل عن جميع الاضرار التى لحقته " [٣٤] .والتعويض يشتمل على عنصرين أساسيين هما : ـ

١ ـ ما لحق المتعاقد من خسارة : ـ

يشتمل هذا العنصر على كافة النفقات التى يكون المتعاقد قد أرتبط بها فعلا وهذه النفقات تختلف تبعا لطبيعة التعديل فيما اذا كان بالتعديل بالزيادة أو النقص . ويجب أن يأخذ التعويض فى أعتباره طبيعة الضرر المتسبب والنسبه المئوية من النفقات التى لم تعرض . وأن يحصل المتعاقد على المصاريف التى انفقها والتى تكبدها عند التصفية النهائية للعقد .

فالتعويض يقم وزنا لكافة الخسائر التى لحقت المتعاقد ولكن ذلك أيضا متوقف على وجود رابطة سببية بين الأجراءات التى أتخذتها الإدارة والأضرار التى أصابت المتعاقد .

٢ ـ ما فاته من كسب : ـ

ويشتمل هذا العنصر على المبالغ التى كان المتعاقد يعول عليها بأعتبارها ربحا مشروعاً له . مثل أختلال التوازن المالى للعقد . فالتعويض اذن يجب أن يغطى الكسب الذى كان ينتظره المتعاقد عادة من التنفيذ الكامل للعقد مع مراعاة الا يتجاوز التعويض حجم الضرر الحقيقى وهذا ما تقتضيه العدالة والقانون [٣٥] .

وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية عمل الامير عنه عن نظرية الظروف الطارئ فى أن الأولى تمنح تعويض كامل أما الثانية لا تمنح سوى تعويض جزئى [٣٦] وقد أبرزت محكمة القضاء الإدارى هذا المبدأ فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ حيث ذكرت " أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالى للعقد

أنه اذا لم يكن متفق عليه فى العقد فان جهة الادارة لا تملك ان تستقل بتقديمة بل يقدره قاضى العقد . . . وان المحكمة انما تقرر التعويض طبقا للقواعد المقررة فى القانون الإدارى فى هذا الشأن وهو يشمل عنصرين : الأول ما لحق المتعاقد من خسارة . . .

الثانى : ما فات المتعاقد من كسب . . . "[٣٧]

هكذا نجد أن التعويض عن عمل الأمير قد أقربه القضاء المصرى وان هذا التعويض يقدره القضاء طبقاً لقواعد القانون الإدارى :

الفصل الثانى

استثناءات من التعويض الكامل :

من الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى يخرج أحيانا على مبدأ التعويض الشامل فى بعض الصور لأسباب مختلفة ونذكر حالتين يشار اليهم دائما هما : ـ

أولا : حالة فسخ العقد بسبب العمليات الحربية :

يستثنى مجلس الدولة الفرنسى من قاعدة التعويض الكامل حالة فسخ العقد من جانب الإدارة بسبب ظروف الحرب أوبسبب وقف القتال فهنا يكتفى المجلس بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون أعتبار للأرباح التى كان من شأنها أن يحققها المتعاقد لو لم يتم الفسخ .

ويبدو أن مجلس الدولة هنا يتأثر بالظروف التى تحيط بواقعة الفسخ .

ثانيا : إذا ساهم المتعاقد بخطئه فى احداث الأضرار المترتبة على عمل الأمير أو ساعد على زيادة تلك الأضرار فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ التعاقد وهذه الحالة تطبيق للقواعد العامة .

ويثور التساؤل الآتى : ـ

هل يمكن للإدارة أن تتضمن العقد شراطا يتضمن عدم مسئوليتها قبل المتعاقد ؟

لا يتصور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لأحد لها ولكن إذا حدث ذلك عملا فيجب ان نميز بين حالتين : ـ

الحالة الاولى : حالة الأعفاء المطلق من المسئولية :

ذهب فريق من الشراح على عدم مشروعية مثل الشرط . وسار قضاء محكمة القضاء الإدارى فى ذات الإتجاه وذلك فى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ ـ والذى سبق ذكره فى بحثنا ـ حيث ذكرت أنه من المقرر فى العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك ان تضع نصا عاماً بعدم مسئوليتها ، يعفيها من الألتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة فى أن الإدارى من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة فى التعويض طبقا للنظريات السائدة فى نظام العقود الإدارية ومنها حقه فى التوازن المالى للعقد ".[٣٨] بينما يذهب رأى آخر الى القول بأن مبدأ التعويض الكلى لا يتعلق بالنظام العام فالطرفين فى العقد أن يتفقا على عكس ذلك اذا

كان فيه ما يحقق مصالحهما فيجوز النص على أستبعاد التعويض . كما يجوز النص على قصره على جزء من الضرر . فإذا نص العقد على عدم التعويض جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بتعويض إذا اثبت أن الأعباء الجديدة التى ألقيت على عاتقه لم تدخل فى تقديرات الطرفين وأنها إستتبعت أخلالا خطيرا للتوازن المالى للعقد [٣٩] .

هذا الرأى يخالف ما اتفق عليه الفقه الإدارى وما أستقر عليه القضاء الإدارى فى مصر لأن هذا الرأى فى شقة الأول الخاص بإستبعاد التعويض غير مشروع ولا يمكن الموافقة عليه فضلاً عن عدم قبول المتعاقد مهما كانت حسن نيته بالموافقة على تجريده من سلاح يستطيع أن يشهره فى وجه الإدارة أن جاوزت شروط العقد . أما الشق الثانى من الرأى بإستبعاد التعويض عن جزء من الضرر . فهذا الشق يمكن الموافقة عليه [٤٠] . ويبدو أن صاحب هذا الرأى قد شعر بخطورة رأيه فعاد الى القول بهذا الشق الثالث من الرأى الخاص بالمطالبة بالتعويض رغم النص على أستبعاده ولكن بشروط معينة .

بناء على ذلك نرى ان هذا الشرط يعتبر باطل لأننا لسنا فى مجال عقاب المتعاقد فضلا عن ذلك يتنافى مع قواعد العدالة التى تأبى أن يتجرد المتعاقد وهو الشخص الذى لاحول ولا قوة له ـ من سلاحه الوحيد الذى يستطيع به أن يواجه الإدارة التى تملك كثير من الإمكانيات الضخمة .

الحالة الثانية : شرط الأعفاء الذى ينصب على إجراء معين :

هذا الشرط مشروع ومقتضاه إن المتعاقد أن يتوقعان اجراء معين من الإجراءات التى تتخذها الإدارة المتعاقدة أو الإدارة أخرى مثل فرض ضريبة معينة أو زيادة سعرها . . وهكذا ونص على أن يتحمل المتعاقد ما يترتب عليها من آثار . فيعد هذا النص مشروع

خلاصة :

بذلك تكون قد أنتهينا من بحثنا فى نظرية عمل الأمير حيث أوضحنا ان للادارة سلطة تعديل عقودها الإدارية وفى مقابل هذه ذلك يكون للمتعاقد الحق فى التعويض وهذا التعويض ليس مبنيا على خطأ الإدارة ولكن لتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التى أصابته من جراء تتدخل الإدارة بالتعديل فى عقودها الإدارية .

وبينا أننا نأخذ نظرية التوازن المالى للعقود الإدارية لتبرير التعويض الذى يحكم للمتعاقد مع الإدارة قبل الإدارة المتعاقدة .

فهى الأساس العام لتبحثنا فى نظرية عمل الأمير باعتبارها تطبيق لأحدى حالات التعويض التى جرى القضاء الإدارى على التسليم بها .

أننا قد أوضحنا أنه يجب توافر شروط معينة حتى يمكن تطبيق النظرية لامكان تعويض المتعاقد مع الإدارة على ضوء عناصر التعويض التى تعرضنا لها فى البحث وبينا أنه لا يجوز تضمين\ العقد بشرط الأعفاء المطلق من التعويض ولكن يجوز أن ينصب الأعفاء على إجراء معين ومن ناحية أخرى فقد زوضحنا نطاق تطبيق النظرية .

هوامش

١ـ الأستاذ الدكتور توفيق شحاته ـ مبادىء القانون الإدارى ـ ص ٨١٥ .

٢ـ الأستاذ الدكتور فؤاد مهنا ـ مباديئ وأحكام القانون الإدارى ـ ص ٧٩٥ .

٣ـ الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ـ مبادىء القانون الإدارى ص

٤ـ هذه العبارة عرضها المفوض بلوم فى النزاع الشهير المعروف بإسم قضية الشركة الفرنسية للترام فى ١٩١٠/٣/١١ .

٥ـ الأستاذ / رياض عيد عيسى ـ سلطة الإدارة فى تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ص ٢٦٢ وما بعدها .

٦ـ حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣١ س ١١ ق رقم الحكم ٩٨٣

٧ـ الأستاذ / الدكتور سليمان الطماوى ـ الأسس العامة للعقود الإدارية ص ٦٠٦ وما بعدها .

٨ـ الأستاذ الدكتور توفيق شحاته ـ المرجع السابق ص ٨١٨ .

٩ـ الأستاذ الدكتور فؤاد العطار ـ القانون الإدارى ـ ص ٦٠٠ .

١٠ـ الأستاذ الدكتور على الفحام ـ سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ص ٣٨٥ وما بعدها .

١١ـ الأستاذ الدكتور توفيق شحاته ـ ص ٨١٧ وما بعدها ـ المرجع السابق .

١٢ـ الدكتور على الفحام ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢٨ .

١٣ـ الأستاذ / الدكتور سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ـ ص ٦٢٣ .

١٤ـ الأستاذ / الدكتور توفيق شحاته ـ مبادىء القانون الإدارى ص ٨٣٥ .

١٥ـ الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ص ٦٢١ .

١٦ـ الأستاذ محمود عاطف البنا ـ مبادىء القانون الإدارى ـ ص ١٦٥ وما بعده .

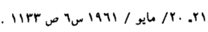
١٧ـ الأستاذ / الدكتور توفيق شحاته ـ مبادىء القانون الإدارى .

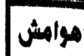
١٨ـ حكم ٣ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص ٢٣٩

حكم ٢٠ / مايو / ١٩٦١ السنة ص ١١٣٣ .

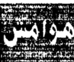
١٩ـ الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ـ ص ٦٢٣ ، ٦٢٤ .

٢٠ـ الأستاذ الدكتور توفيق شحاته ـ المرجع السابق ـ ٨٣٣ .



٢١ـ ٢٠/ مايو / ١٩٦١ س٦ ص ١١٣٣ .




٢٢ـ الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ـ ص ٥٥٥ ، ٥٥٦ .

٢٣ـ الأستاذ الدكتور فؤاد العطار ـ القانون الإدارى ـ ص ٦٠٠ .

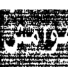
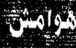



٢٤ـ الأستاذ الدكتور ثروت بدوى ص ١٦٢ وما بعدها .

٢٥ـ الدكتور على الفحام ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٢ .

٢٦ـ الدكتور سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ .

٢٧ـ أنظر هذا الرأى فى المرجع السابق للأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ص ٦٢٩ ، ٦٣٠ .

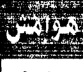



٢٨ـ أنظر الخلاف

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى المرجع السابق ص ٦٣١ ، ٦٣٢ .

٢٩ـ الأستاذ الدكتور على الفحام ـ المرجع السابق ص ٣٦١ وما بعدها .

٣٠ـ الأستاذ الدكتور ثوت بدوى ـ المرجع السابق ص ٢٠٧ وما بعدها .



٣١ـ حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٦٣/١/٥ رقم ٦٨٦ س ٢١ ص ٤٧٧ .

٣٢ـ حكم بتاريخ ١٩٦٣/٦/١٦ س ٩ ق رقم ١٠٥ .




٣٣ـ الأستاذ العميد سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ـ ص ٦٤٦ .

٣٤ـ حكم بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥ لمحكمة القضاء الإدارى رقم ٩٨٣ س ٨ ص ٧٢

٣٥ـ الدكتور على الفحام ـ المرجع السابق ـ ص ٣٩٣.

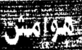
٣٦ـ الأستاذ العميد سليمان الطماوى ـ المرجع السابق ـ ص ٦٤٧ ـ الدكتور توفيق شحاته مرجع سابق ـ ص ٨٢٤ .




٣٧ـ حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ رقم ٩٨٣ س ١١ .

٣٨ـ حكم القضاء الإدارى فى ١٩٥٧/٦/٣٠ (المشار إليه سابقاً) س ١١ .

٣٩ـ الدكتور توفيق شحاته ـ المرجع السابق ـ ص ٨٢٣ ، ٨٢٤ .



٤٠ـ " على الفحام ـ المرجع السابق ـ ص ٤٠١ ، ٤٠٢ .

حبس المدين المماطل

للسيد المستشار
عثمان حسين عبد الله

كثيراً ما يماطل المدين فى سداد دينه الثابت بحكم القضاء رغم قدرته ويساره ، ويضطر الدائن إزاء ذلك إلى اللجوء إلى إجراءات التنفيذ المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، من حجز على منقولات يملكها المدنى ، أو حجز ما لهذا المدنى لدى الغير ، أو حجز عقارى ، وهى جميعاً إجراءات غير ميسرة ، ويقتضى إتخاذها جهداً ووقتاً ومالاً ، يبذلها صاحب المصلحة ، وإستعانة بأهل الخبرة من محامين وغيرهم ، وإنفاق وقت وجهد من جانب الأجهزة القضائية المختصة ، ومن جانب المحضرين وغيرهم فى الأجهزة المعاونة ، كما أن إجراءات التنفيذ تعنى فى كثير من الأحيان خصومة جديدة هى (خصومة التنفيذ) بصعوباتها ومتاعبها ، وإشكالاتها ومصروفاتها وهى خصومة غير مأمونة العاقبة إذ كان الحق واضح المعالم ثابتاً ، فإن المدين المماطل يزيد عناداً ولدوا فى الخصومة بعد الحكم عليه ، وما أسرعه إلى تهريب أمواله أو التلاعب فى إعلانات التنفيذ وإجراءاته ، أو رفع الدعاوى المستعجلة بالإستشكال فى التنفيذ أو التحريض على رفع دعاوى إسترداد الحجوزات ، أو للإعتراض على قائمة شروط البيع ، أو غير ذلك من المتاعب التى لا تنتهى . ذلك لأنه إذا كانت صعوبات التقاضى قد إنتهت بصدور الحكم النهائى القابل للتنفيذ ، فى نطاق أحكام الكتاب الأول من قانون المرافعات ، فقد آن أن تبدأ سلسلة أخرى من الصعوبات والمتاعب ، والمصروفات ، فى ظل أحكام الكتاب الثانى من قانون المرافعات ذاته ، وهو كتاب التنفيذ .

- وهكذا فإن حياتنا القضائية قد علمتنا أن مشكلة المماطلة فى الأداء ، من جانب المدين الموسر ، وصعوبة تنفيذ الأحكام القضائية المدنية والتجارية النهائية ، مشكلة ملموسة تتفقد وتتفاقم سنة بعد أخرى ، وتشكل المحاكم وأجهزة التنفيذ القضائى ، دون أن تجد لها حلاً حاسماً ، بل إن أحكام قانون المرافعات تقف عاجزة إزاءها ، ويقف القضاء وأعوانه منها موقفاً سلبياً ، تطبيقاً لهذه الأحكام بل وقد تتيح للمدين المماطل غير المعسر فرصة التهرب والتلاعب والتهريب ، والنفاذ من ثغرات يخلقها المدين بنفسه وتعينه عليها صيغة الحياد السلبى التى تصطبغ بها النصوص التشريعية التقليدية ، وقد تعينه عليها كذلك إنحرافات من جانب بعض الأجهزة الإدارية أو المعاونة .

- وإذ كانت العدالة لا تحقق بصدور الحكم ، وإنما تتحقق بنفاذه ، ولا ينفع تكلم بحق لانفاذ له ، فإنه ينبغى مشرع المرافعات إن يعيد النظر - على نحو جذرى وشامل - فى المبادىء والأحكام التى يقوم عليها نصوص كتاب التنفيذ ، ولو خرج التعديل عن المألوف من الأفكار والنظريات التى تشتمل عليها كتب المرافعات عامة أو مباحث التنفيذ خاصة .

- ومن الإقتراحات التى يمكن تناولها بالبحث أنه ليس يكسر من عناد المدين المماطل الموسر ، ويحد من غلوائه البغيض ، ويحطم كبرياءه الكاذب ، ويلزمه إحترام السند التنفيذى ، مثل تهديده بالحبس ، حتى يضطر إلى الوفاء ، أو يتقدم ذو شأن من أهله أو من غيرهم ليفى نيابة عنه .

- سيبادر بعض القراء الذين يجتزءون بقراءة السطور الأولى ، فيقولون لقد كان الإكراه البدنى بالضغط على نفس المدين أو حريته سائغاً فى العصور القديمة ، وما هو بمألوف الآن إذ يلتزم المدين فى ماله لا فى شخصيته وذمته المالية هى التى تضمن الوفاء بالتزاماته ، ويبرر بعض شراح المرافعات تحريم التنفيذ بالإكراه البدنى بأنه يهدر كرامة المدين (مثلاً الأستاذ الدكتور رمزى سيف - التنفيذ رقم ٥) . وأن فيه تعطيلاً للقوى البشرية بدون فائدة وخير للدائن أن يترك مدينه يعمل ليحصل على مال يفى منه .

إلا أن شراحاً أخر يردون على ذلك بأن الشـــخص الـــذى لا يفى بما تعهد به يكون فى الواقع قد أهدر كرامته بنفسه ، فلا محل لرعايته وإحترامه ، والمدين الذى يمتنع عن الوفاء وهو قادر عليه ، أو الذى يقوم بتهريب أمواله ، يستحق العقاب فى كثير من الصـــور (الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا - التنفيذ الطبعة الثامنة ص١٤ . ١٥) . وأما القول بأن الأفضل ترك المدين حراً يعمل ليحصل على مال يفى منه بدينه فذلك قول ينقلنا إلى مجال آخر هو مجال المدين الذى ليس له مال يكفى للوفاء ، وهذا لا نقول بحبسه ، وإنما نتجه إلى حبس المديـــن القـــادر علـــى الوفـــاء ، والذى يمتنع عن أداء دينه رغم يساره ! .

- على أن حبس المدين القادر مقرر فى كثير من الأحوال فى التشريع المصرى ، وفى بعض التشريعات الحديثة والمعاصرة ، كما إنه حكم من أحكام الشريعة الإسلامية .

- ففى مصر : تقضى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأنه متى ثبت للمحكمة الجزئية أن المحكوم عليه بالنفقة أو بأجره الحضانة أو المسكن ، قادر على القيام بما حكم به وأمرته بأدائه ولم يتمثل ، فإنها تحكم بحبسه لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً . وإذا أدى ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله . ولا يمنع الحبس من تنفيذ الحكم بالطر الإعتبارية .وهذه المادة إستبقاها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية

- والمادة ٥١١ من قانون الإجراءات الجنائية تجيز الحبس لتحصيل الغرامات والمصاريف

المحكوم بها لخزانة الحكومة فى المواد الجنائية (كما أن المدين المفلس يجوز حبسه بمقتضى القانــون التجــارى وقانــون العقوبات) .

ـ وفى فرنسا : يلاحظ أنه وإن كان الحبس كوسيلة للإكراه على أداء الدين قد ألغى منذ مدة طويلة ، إلا أن المشرع الفرنسى قد عاد إلى هذه الوسيلة حديثاً حيث قرر التنفيذ بالإكراه البدنى عند الحكم بمصادرة الربح غيــر المشــروع (المدفــوع بالكشــف فــى ١٨ أكتوبــر ســنة ١٩٤٤) . (د. أبو الوفــا . المرجـــــع السابق) .

ـ وفى القانون الإنجليزى : يحبس المدين إذا أمتنع عن الوفاء بالدين المحكوم به لما فى ذلك من إزدراء بالمحكمة

Contempt of Coupt

وقد قيدت القاعدة حالياً بأن يكون الإمتنــاع بسوء نيــة . (الدكتور وجدى راغب . النظرية العامــة للتنفيـــذ القضــائى . ص٨)

ـ وتشريعات بعض الدول العربية تأخذ بنظام حبس المدين

ـ ومن ذلك قانون المرافعات الكويتى (المرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠) فى المواد ٤٩٢ وما بعدها . ويستند حكم هذه المواد إلى أن حبس المدين وسيلة مديـــة ضـــد المديـــن المماطل ، وإن التجربة قد دلت دائماً على أن كثيراً من المدينين يقومون بالوفاء خوفاً من حبسهم . (الأستاذ الدكتور فتحى والى) التنفيذ الجبرى ، ١٩٨١ ، ص٧ وبعدها .- والتنفيذ الجبرى فى القانون الكويتى للمؤلف ذاته ١٩٧٨ بند ٢٩٨ ، ص٣٤٦ وبعدها).

ـ ومن ذلك أيضاً أن نظام حبس المدين المماطل مأخوذ به فى العــراق ، وفى الســودان (الأستاذ الدكتور وجدى راغب) النظرية العامة للتنفيذ القضائي ص٨ . الأستاذ الدكتور محمد عبد الجواد ، المبادىء العامة للتنفيذ الجبرى فى القانون السودانى ، مجلة القانون والإقتصاد ٣٦ سنة ١٩٦٦ (٣١٧ - ٤٣٤) هى ٣٢١ رقم ٤، ص٣٥٥ ، ٣٥٨ رقم ٤٧) .

وفى لبنان : من بين حالات حبس المدين فى القانون اللبنانى حالة الحكم بالتعويض على رافع دعوى خاصمة إذا حكم بعدم قبولها أو برفضها ومادة ٩٥ مــن قانــون تنظـيم القضــاء) (الأستاذ الدكتور أبو الوفا) المرجع السابق الإشارة إليه)

ـ ومن هذه الأمثلة نرى أن الحبس فى الدين ليس غريباً على التشــريعات الحديثـــة والمعاصرة ، الغربية والعربية ، وأن المشرع عند ضبطه لقواعد التنفيذ ، يجب أن يراعى تمكين الدائن من إقتضاء حقه الثابت بالسند التنفيذى وإلا أصبح هذا السند قصاصة لا حياة فيها ، وأن لا تكون إجراءات التنفيذ مغالى فيها ، أو باهظـــــة التكاليف أو مقصرة يطول أمدها مما ينجم عنه إضطراب أمن المعاملات وتبدد الثقة فى الإئتمان ، وكما ألزمنا الدائن بإثبات حقه أمام القضاء ، فإن علينا أن نساعده فى الحصول على هذا الحق الثابت بسرعة وسهولة ، وينبغى إلا نصوره

دائماً بصورة الرجل الثرى الذى يتسلط على مدين مسكين . فكم من الدائنين هم فى حاجة إلى ديونهم أكثر من مدينيهم . (الأستاذ الدكتور عزمى عبد الفتاح . التنفيذ الجبرى ١٩٨٩ / ١٩٩٠ ص١١)

ـ والذين يقولون إن حبس المدين لا يتفق مع الأفكار الحديثة فى مجال حقوق الإنسان وكرامته ، مردود عليهم بالإضافة إلى ما سبق - بأن [الميثاق (العهد) الدولى لحقوق الإنسان المدنية والسياسية] .

[Jntennationa Lovenant For civite and political Rights]

الذى قررته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٦٦ ومبدأ نفاذه فى سنة ١٩٧٦ ووقته وصدقت عليه جمهورية مصر العربية ، ضمن ٨٧ (سبع وثمانين) دولة من دول العالم قد نص فى المادة ١١ منه على أنه :

[لا يجوز سجن أى إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدى] . (مجموعة حقوق الإنسان - المجلد الأول ص٣١ وما بعدها . للأساتذة الدكتور محمود شريف بسيونى ، والدكتور عبد العظيم وزير ، والدكتور محمد السعيد الدقاق) . وهذا النص فى هذا العهد الدولى يمنع حبس المدين العاجز أى غير القادر على الوفاء بدينه .

وهذا المعنى أكده ووضحه مشروع المثياق العربى لحقوق الانسان المنشور بالمجموعة ذاتها صفحة ٣٧٨ حيث تنص المادة ٣٤ من هذا الشروع على أنه الا يجوز سجن انسان علي أساس عدم قدرته على الوفاء بدين أو أى التزام مدنى) ،والمادة ٧ من مشروع ميثاق حقوق الانسان والشعب فى الوطن العربى بصفحة ٣٨٧ من المجموعة المذكورة (لا يجوز حبس إنسان ثبت عجزة عن الوفاء بالتزام مدنى) ـ أما المدين القادر الموسر غير العاجز فلم يمنع ذلك الميثاق الدولى ولا هذا المشروع من حسبه !

* * *

فى الشريعة الاسلامية :

ـ المدين الفقير غير الواجد لا يجوز حبسه لأن الله سبحانه يقول (**وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**) ، ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لغرماء الذى كثر دينه (خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك) . المغنى لابن قدامه الجزء الرابع طبعة دار الكتاب اللبنانى ، ص ٥٠٢ وبعدها : ـ نيل الاوطار للشوكانى طبعة منير الدمشقى الجزء الخامس صفحة ٣٦١ وبعدها وحديث (لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته) يدل على ان المعسر لا يحل عرضه ولا عقوبته : ـ

ـ وأما الواجد أى المدين القادر على الوفاء فقد جاء فى نيل الأوطار (المرجع السابق ذكره) عن عمرو بين الشريد عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم . قال [ليّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته] رواه الخمسة الا الترمذى . قال أحمد قال وكيع : ـ عرضه شكايته وعقوبته حبسه . الحديث أخرجه البيهقى والحاكم وابن حبان

وصححه وعلقه البخارى . واستُدل بع على جواز حبس من عليه الدين حتى يقضيه إذا كان قادراً على القضاء ، تأديباً له وتشديداً عليه ، إلا إذا لم يكن قادراً وإلى جواز الحبس للواجد ذهبت الحنفية وزيد بن على وقال الجمهور يبيع عليه الحاكم (نيل الاوطار) . وجاء فى المغنى لابن قدامة [قال ابن المنذرة أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس فى الدين منهم مالك والشافعى وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن وروى عن شريح والشعبى . وكان عمر بن عبد العزيز يقول يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس وبه قال عبد الله بن جعفر والليث بن سعد :

وهل تسمع البينة على الأعسار ؟ حكي عن ماللك أنه قال لاتسمع البينة على الاعسار لأنها شهادة على النفى فلم تسمع كالشهادة على إنه لا دين عليه . وقال أبو حنيفة لا تسمع فى الحال ويحبس شهراً وروى ثلاثة أشهر وروى أربعة أشهر ، حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره) المغنى ص ٥٠٤ جـ٤ وفى بيان الفقه الحنفى الذى يخبر حبس المدين المماطل [أنظر بدائع الصنائع للكاسانى الجزء السابع صفحة ١٧٣ وبعدهـــا والمبســوط للسرخسى الجزء العشرين صفحة ٨٨ وبعدها] وقد ورد أن عمر بن الخطاب أتاه رجل فقال له يا أمير المؤمنين أجرنى قال مم ؟ قال من دينى . فقال عمر السجن . وشريح القاضى حبس ابنه بسبب الكفالة عن رجـل . [وأنظر كتاب التنفيذ بالمقارنة بالشريعة الاسلامية للاستاذ الدكتور عبد العزيز بديوى صفحة ٢٦ وبعدهـــا والمراجـــع المشار اليها به ومنها سنن أبى داوود والأم للشافعى ، والمدونة ، والطـرق الحكمية لابن القيم] .

[وأنظر كذلك اصول المرافعات الشرعية للاستاذ أنور العمرسى رئيس المحكمة ص ٩٣٥ وبعدها]

ـ ولسنا بحاجة للتذكره بأن الدستور المصرى الحالى ينص على أن الشريعه الاسلامية هى المصدر الاساسى للتشريع .

* * *

ـ هذا والمناســبة إعداد مشروعات القوانين الرئيسية لدولة الوحدة المصرية الليبية فى سنة ١٩٧٣ ، أنتهت لجنة مشروع قانونى المرافعات المدنية والتجارية يؤمئذ [وكان مقررها الاستاذ الدكتور فتحى والى . استاذ المرافعات وعميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة القاهرة حاليا] إلى صياغة نصوص بشأن حبس المدين المماطل الموسر ، وهى نصوص المواد من ٥٤٠ إلى ٥٤٧ من المشروع المذكور ، وقد أشتملت على الضمانات اللازمـــة لكفالـــة الحقوق لاصحابها وتوازن المصالح بين الدائنين والمدينين . وتفاوى معوقات التنفيذ ما أمكن ، وتخفيض العبء عن الأجهزة القضائية والقضائية المعاونة ، وخاصة محضرى التنفيذ . . .

* * *

ـ ونستطيع أن نوجز التعديل الذى نقترح إدخاله على قانون المرافعات ـ بهذا الشأن ـ فى الأسس الأتية : ـ

١ ـ للدائن الذى بيده سند تنفيذى (حكم نهائى إوامر أداء نهائى) أن يطلب حبس المدين لاجباره على الوفاء بالتزامه .

٢ ـ أخذا بسنة التدرج يجوز أن يبدأ التشريع بتحديد أنواع من الديون يجوز طلب الحبس من إجل استيفائها .

٣ ـ تبدأ الاجراءات بانذار بالحبس يوجهه الدائن إلى المدين عند إعلانه بالسند التنفيذى .

٤ ـ يقدم طلب الحبس كتابة الى قاضى التنفيذ بالمحكمة المختصة . ويستدعى هذا القاضى الطرفين فان امتنع أحدها بامر بضبطه واحضاره .

٥ ـ يثبت الدائن قدرة المدين على الوفاء وأن له أموالا يجوز الحجز عليها .

٦ ـ للقاضى ان يمنح المدين اجلا . وفى حالة عدم الوفاء يحكم القاضى بحبس المدين القادر المماطل مدة يحددها الحكم على الاتجاوز أمدا مقيدا (ثلاثة أشهر مثلا)

٧ ـ يجوز بناء على طلب الدائن وسماع أقوال المدين تحديد الحبس الى مدة أخرى .

٨ ـ اذا كان المدين شخصاً اعتبارياً يحبس القاضى النائب عنه قانونا أو المسئول عن التنفيذ فيه .

٩ ـ تنفذ النيابة العامة حكم الحبس فوراً ، وترجع الدولة على المحبوس بنفقات إعاشته ،

١٠ ـ ينهى قاضى التنفيذ الحبس بمجرد ثبوت الوفاء بالدين ، سواء كان ذلك عن جانب المدين أو غيره ، أو تقديم كفالة به يقبلها الدائن أو قبول الاخير تقسيط الدين أو قبوله أخلاء سبيل المدين .

* * *

ما الذى يمنع من النظر فى هذا الاقتراح . لرفع العنت عن الدائنين ، وتخفيض العبء على الأجهزة القضائية .

عظمة المحاماة

إن المحاماة تسمو إلى أعلى درجات الرفعة دون أن تفقد شيئاً من حرياتها الأصلية ، إنها تستطيع أن تجعل من الإنسان رجلاً نبيلاً دون نظر إلى مولد ، وثرياً دون مال ، ورفيعاً دون ألقاب ، وسعيداً دون حاجة إلى ثروة .

ديبان - نقيب المحامين الأسبق بفرنسا

نظرية القرار المضاد

للسيد الاستاذ
نعيم كامل بباوى
المحامى

مقدمــــة وتقيـــم :

القانون الإدارى بصفة عامة هو ذلك القانون [1] الذى ينطبق على الإدارة بمنعنيها العضوى والوظيفى ، بمعنى أنه يحكم الهيئات الإدارية فى قيامها بوظيفتها الإدارية .

فالمعنى العضوى لكلمة الإدارة يقصد به مجموعة منظمات تقوم الدولة الحديثة من خلالها بالتدخل فى حياة الأفراد واليومية وذلك تحت إشراف السلطة السياسية فيها ، ويندرج تحت هذا المدلول : السلطات المركزية (كرئيس الجمهوريـــــة ، والـــوزراء ، والمحافظـــين ومن اليهـــم) . والسلطات اللامركزية الإقليمية (كمجالس المحافظات ومجالس المدن والمجالس القروية) وغير الإقليمية (كالهيئات العامة) ونضيف للأخيره هيئات القطاع العام المنشأة طبقا للقانون ٩٧ لسنة ١٩٨٣ وفقا للمادة الثانية منه والتى نصت على أن تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الإعتبارية

وتعتبر فى أشخاص القانون العام . . ."

وأما المعنى الوظيفى لكلمة إدارة فيقصد به النشاط الذى تحققه الهيئات بادية الذكر ، ويؤدى الى إتصالها بالأفراد فيجعلهـــم مســـتفيدين من الخدمات التى تؤديها المرافق العامة أو مستحقين لتعويض ناتج عن تصرف خاطئ صادر من إحدى الهيئات الإدارية .

والقرار الإدارى هو أحد وسائل الإدارة أو إمتيازاتها فى مواجهة الأفراد بوجه عام ، بل إنه أهم تلك الوسائل .

فالقرار الإدارى حسبما عرفته محكمتنا الإدارية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/١/٢٧ هو " . . افصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانونى ممكن وجائز قانونا وبباعث من المصلحة العامة "

وبهذا يكون القرار الإدارى فى أدق موضوعات القانون الإدارى ، وفى ناحية أخرى يعد القرار الإدارى من أبرز المظاهر التى يتجسد فيها سلطان الإدارة فهى تستطيع عن طريقه وبارادتها المنفردة أن تصدر أوامر ملزمة للأفراد بعمل شيئ أو بالإمتناع عن عمل شيئ ، كما وأن دعوى الإلغاء توجه للقرار الإدارى بصرف النظر عن مصدره والقرار المضاد ـ موضوع البحث ـ لا يعدو أن يكون قراراً إداريا يلغى ضمنا قراراً إدارياً فردياً صدر سليماً ويقتصر أثر الإلغاء على المستقبل فحسب ،

مع بقاء كافة الآثار التى تولدت فى الماضى فى ظل القرار الأول سليمة .

فمثلا قرار التعيين الذى صدر صحيحاً فلا يلغى الا بقرار إستقالة أو فصل أو إحالة للمعاش فى الحدود والضوابط المقررة قانونا .

ولعل النقاط المثارة ـ على عجالتها ـ تبرز أهمية القرار الإدارى بوجه عام ، والقرار المضاد بوجه خاص ، فتشفع لنا فى إختيار الأخير موضوعاً لهذا البحث المتواضع ، وباعتباره موضوع جديد نسبياً

تقسيم :

وسوف نقسم البحث الى ثلاثة مباحث ، فنتكلم فى الأول عن التعريف بنظرية القرار المضاد ونطاق تطبيقها ، وفى الثانى عن ضمانات إصدار القرار المضاد ، وفى المبحث الثالث نتكلم عن آثار القرار المضاد ثم نعقب ذلك بخاتمة . والله الموفق .

المبحث الأول : التعريف بنظرية القرار المضاد ونطاق تطبيقها

نقسم موضوع هذا المبحث الى مطلبين الأول فى التعريف بالنظرية ، وفى الثانى نطاق تطبيقها .

المطلب الأول :

التعريف بنظرية القرار المضاد :

قد يكون الغاء القرار الإدارى إلغاء [٢] مجرداً بأن تقتصر الإدارة على مجرد إعدام القرار بالنسبة الى المستقبل كلياً أو جزئيا دون أن تحل محله قرار آخـر ، كالاقتصار على إلغاء الترقية أو الترخيص . . . الخ . وقد يكون الإلغاء باحلال قرار آخر محل القرار الأول ، بحيث يكون من شأن القرار الثانى الغاء الأول كلياً أو جزئيا . وهذا هو الإلغاء الضمنى . فالقرار الصادر بفصل موظف أو بتعيين آخر فى وظيفته يقتضى إلغـاء قـرار التعيين ، والقرار الصادر بنزع ملكية عقار يلغى القرار الصادر بالاستيلاء على ذات العقار . . . وهكذا .

وقد اتفق الشراح والفقهاء الفرنسيون على تعريف القرار المضاد . فذهب العميدان أولى ودراجو [٣] فى تعريف القرار المضاد الى أنه " قرار يتم بمقضاه انهاء (الغاء) أو تعديل قرار فردى سليم ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل "

وغرفة العميد بونار بأنه ، قرار بمقتضاه يحل محل قرار سابق ويقتصر أثره بالقياس الى المستقبل "

أما الفقيه رينيه ـ رسالته فى التمييز بين القرارات اللائحية والقرارات الفردية ـ فقد ذهب فى تعريف القرار المضاد الى أنه قرار جديد يلغى بمقتضاه القرار الأول ، وهو يماثل القرار الأخير فى الشكل والإجراءات " ويعرفه فى الفقه المصرى د . سليمان الطماوى [٤] بأنه " إحلال قـرار آخـر محل القرار الأول ، بحيث يكون فى شأن القرار الثانى الغاء القرار الأول كلياً أو جزئياً . وهذا هو الالغاء الضمنى " .

ويعرفه د . ثروت بدوى [٥] بأنه " إلغاء أو تعديل القرار السليم الذى أنشأ حقوقاً أو

مزايا لمصلحة فرد من الافراد ، لايكون الا بقرار من نوع جديد يسمى بالقرار المضاد وفقاً للشروط والاجراءات التى نص عليها القانون " .

كما عرفه د . محمود حلمى [٦] بأنه " الغاء ضمنى للقرار بصدور قرار مضاد للقرار الأول

وأخيرا عرفه د. حسنى درويش فى رسالته بادية الذكر بأنه " إجراء ادارى يتم بمقتضاه الغاء أو تعديل قرار سليم بالنسبة للمستقبل . ومن جانبنا نرى أن التعريف الأولى من غيره للقرار المضاد هو أنه قرار إدارى يتم بمقتضاه الغاء أو تعديل ضمنى لآثار قرار فردى صدر سليماً ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل فحسب " .

ومثال ذلك على ما سلف ، قرار التعيين الذى صدر سليماً ، فلا يجوز معه الغاء رابطه التوظف بالغاء قرار التعيين صراحة ، وإنما يكون ذلك عن طريق قرار الإستقالة ، أو الفصل أو الإحالة للمعاش فى الدور وطبقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا .

وعلى هذا ، فإن القرار الفردى الذى صدر سليما لا يجوز للإدارة سحبه لأن السحب مقصور على القرارات الإدارية المعيبة ، وإنما يجوز الغاءه بطريق القرار المضاد فى الحدود والضوابط القانونية .

المطلب الثانى : نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد .

القرار المضاد حسبما يرى ذكره ، إجراء إدارى يتم بمقتضاه الغاء أو تعديل ضمن لآثار قرار إدارى فردى صدر سليماً ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل فحسب مع بقاء كافة الآثار التى تولدت فى الماضى فى ظل القرار الأول سليمة .

بيد أنه مع ذلك ، لامناص من تحديد إطار هذا الاجراء عن طريق تحديد نطاقه ، بحيث لا يتعداه الى غيره من القرارات التى لا تشمله ، وهذا الأمر هو الذى إمتاز بتحديده الفقه الفرنسى - ومن بعده الفقه المصرى - فى وضوح وجلاء حيث حدد إطار النظرية بدقة ، بافصاحه عن أن القرارات التى تخرج عن إطار النظرية ، فهى تلك القرارات التى شابها عيب جسيم بحيث ينحدر بها الى درجة الإنعدام ، وبالتالى تفقد صفتها الإدارية ولا تتمتع بالحصانة المقررة للقرارات السليمة ،

أما القرارات التى تندرج فى إطار النظرية فقد إشترط الفقه المشار اليه ، أن تتوافر لها مقومات القرارات الإدارية بصفة عامة ، وأن تكون متسقة مع القانون ، وتولد آثاراً قانونية فى التنظيم القانونى القائم اسواء بصفة دائمة أو مؤقتة ، وقد ثار بعض الجدل بشأن القرارات المعيبة أى التى شابها عيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية والتى تبرر طلب الغائها عن طريق القضاء فما مدى إنطباق نظرية القرار المضاد على تلك القرارات ؟

وسوف نقسم هذا الطلب الى ثلاثة فروع ، تبين فى الفرع الأول القرارات التى تخرج عن نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد ، وفى الثانى القرارات التى تندرج فى نطاق تطبيق

النظرية ، وفى الثالث عن موقف القرارات المعينة بعيب بسيط أو أكثر من عيوب عدم المشروعية من نظرية القرار المضاد .

الفرع الأول : القرارات التى تخرج عن نطاق نظرية القرار المضاد :

أولا : القرارات المنعدمة :

وهى تلك القرارات التى يبلغ عيب عدم المشروعية بها حداً فى الجسامة بحيث يفقدها صفتها الإدارية وبالتالى ينحدر بها لدرجة الإنعدام ، فلا تولد أثاراً قانونية مهما طالت مدة بقائها ، كما أنها تعتبر عقبة [٧] أمام الأفراد فى سبيل إسترداد حقوقهم وحرياتهم ، ولجهة الإدارة إعلان إنعدامها فى أى وقت .

ومثال ذلك القرارات التى تصدر من شخص ليس له علاقة بالادارة ، اما لأنه فقد صفته الإدارية باحالته للمعاش أو فصله مثلا ، وإما لإفتقاده سند تعيينه أصلا وكالقرارات الصادرة من موظف عام لا يملك سلطة إصدار قرارات إدارية .

وكالقرارات التى تصدر بناء على غش المستفيد أو صاحب المصلحة من القرار .

ثانيا : القرارات المقرره أو الكاشفة :

وهى تلك القرارات التى لا تحدث تغييراً بالمراكز القانونية العامة أو الخاصة ، بل ينحصر دورها فى تقرير أو تأكيد مركز قانونى قائم من قبل ،

وهى لذلك لا تنشئ حقوقا ، وبالتالى تخرج عن نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد على نحو ما سلف بيانه .

وعلاوة على ذلك القرارات التى تدخل فى خيز التنفيذ ، نتيجة لعدم توافر الأركان والشرائط المتطلبة لإصدار القرار ، أو لعدم إستكمال المراحل التى يمر بها القرار قبل صدوره ، ومثال ذلك الإجراءات التحضيرية والقرارات التمهيدية ، وهى لا تزال متجردة من صفة القرار الإدارى ، ومن ثم فهى لا تنشئ حقوقا مكتسبة لأحد مما يجوز سحبها والعدول عنها فى أى وقت .

الفرع الثانى

قصر نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد على القرارات النهائية المشروعة

كما بدى ذكره ، فإن نظرية القرار المضاد مقصورة على القرارات الفردية المشروعة التى تحدث آثارا قانونية ، أما القرارات غير المشروعة والباطلة فهى قرارات قلقة وغير مستقرة حتى فوات الميعاد المقرر للسحب أو الطعن عليها بالإلغاء فهى تمر بمرحلتين ، وهو ما سيرد إيضاحه فى الفرع الثالث .

وقد اشترط الفقه والقضاء بالنسبة للقرارات المشروعة التى تندرج فى اطار نظرية القرار المضاد ، توافر شروط معينة ، فإذا تخلف شرط أو أكثر من تلك الشروط فتخرج عن نطاق النظرية ، والشروط المتطلبة فى هذا الخصوص أن تكون القرارات تامة ، وتتوافر بالنسبة لها مقومات القرارات الإدارية وأن تكون نافذة ، فنطاق تطبيق القرار المضاد مقصور على الغاء القرارات السليمة والنهائية ،

وتقتصر آثار الإلغاء للمستقبل .

وفى بعض الحالات يكون أتخاذ القرار المضاد منصوصا عليه بموجب نص القانون ، وفى تلك الحالات يفترض أن تكون تلك القرارات مشروعة ونهائية ، بمعنى أنها دخلت حيز التنفيذ ورتبت حقوقا ومزايا لأصحاب الشأن ، ولذلك لايجوز الغاؤها إلا عن طريق القرار المضاد وبأثر يقتصر على المستقبل

وقد يكون الغاء القرارات التى لا تولد حقوقا مثل قرارات منح الترخيص .والقرارات الوقتية .. الخ بقرار مضاد لا يحدده نص قانونى

ومن ثم فان الخلاصة هى ان نطاق تطبيق النظرية مقصور على الغاء القرارات السليمة والنهائية سواء تولد عنها حقوق ومزايا أم لم يتولد عنها شيئ من ذلك ويخرج ما عداه عن تطبيق النظرية .

الفرع الثالث

موقف القرارات المعيبة من تطبيق نظرية القرار المضاد

القرار المعيب هو ذلك القرار الذى شابه عيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية وهى عيوب الشكل والإختصاص ومخالفة القانون والانحراف بالسلطة ،

بشرط الا ينزل هذا العيب بالقرار الى درجة الإنعدام .

والمستقر فقها وقضاء أن القرارات الفردية ، لايجوز سحبها ، ولو كانت مشوبة بعيب أو أكثر على النحو البادى ذكره ـ إلا خلال ستين يوما من تاريخ صدرها ، بحيث إذا إنقضى هذا الميعاد يصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار .

فهذه القرارات فى الفترة المقررة للسحب أو الطعن بالالغاء تظل مزعزعة مهددة بالسحب أو الإلغاء ، ولذلك لا يتولد عنها حقوق نهائية ومستقرة ، ولكن الحقوق التى تتولد عنها تعتبر من قبيل الحقوق المحتملة أو غير الثابتة ، لأن الحقوق المكتسبة لا تتولد الامن القرارات المشروعة ، لا من القرارات المعينة ، وعلى ذلك تظل تلك القرارات خلال الفترة المشار اليها بمنأى عن نظرية القرار المضاد .

ويثور التساؤل حول حكم تلك القرارات إذا ما تحصنت بفوات المدد المقررة للسحب أو الطعن بالالغاء !! فهل تندرج فى هذه الحالة فى نطاق النظرية أم تظل مستبعدة من نطاقها ؟ .

من المقرر أنه بعد إنقضاء المواعيد المشار اليها يكتسب القرار الإدارى حصانة تعصمه من السحب أو الالغاء لأى سبب كان ولو كان خطأ أو مخالفا للقانون (مع ملاحظة القرارات المنعدمة وهى بعيدة عن مجال البحث الآن إذ أن الحصانة التى يكتسبها القرار بعد فوات ميعاد الطعن تكون نافذة فى حق الإدارة كما فى حق الأفراد أيضا لوحدة العلة وهى وجوب إستقرار الأوضاع القانونية الناجمة عن القرارات الإدارية وللمساواة بين طرفى القرار فى هذا الشأن ، وهو ما يجعله لنفس السبب مصدراً يعتد به شرعا لمراكز قانونية تالية ، وترتيبا على ذلك فان القرارات

المعيبة بتحصينها - بفوات المواعيد بادية الذكره تندرج فى نطاق نظرية القرار المضاد .

المبحث الثانى : ضمانات إصدار القرار المضاد :

نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتكلم فى الأول عن الإختصاص والشكل فى القرار المضاد ، وفى الثانى عن تسببيه ، وفى المطلب الثالث عن إحترام حقوق الدفاع ، على الوجه التالى :

المطلب الأول : الإختصاص والشكل فى القرار المضاد

سلطة إصدار القرار المضاد مقررة عادة للسلطة التى أصدرت القرار الأول أو السلطة [8] الرئاسية بالنسبة اليها ، الا فى الحالات التى يكون فيها القرار من الإختصاص المطلق للمرءوس ، فحينئذ لا يكون للرئيس إختصاص فى هذا الصدد .

وهذا المبدأ مقرر كقاعدة عامة لأن المشرع قد يجعل إختصاص إصدار القرار المضاد لهيئة أخرى مستقلة عن الهيئة التى أصدرت القرار الأول ، فلا مناص من النزول على إرادة المشرع ومن الأمثلة على ذلك القرارات الصادرة بالتعيين أو بالترقية فان سلطة الغائها تكون لمجالس التأديب أو المحاكم التأديبية بحسب الأحوال .

على أنه فى حالة إتحاد السلطة التى أصدرت القرار المراد الغاؤه والقرار المضاد ، فإن تلك السلطة تمارس اختصاصين متحيزين ، يخضع كل منهما لشروط مستقلة ، فاذا كان الإختصاص باصدار القرار الأول تقديرياً فإن الإختصاص باصدار القرار الثانى مقيد فى معظم الحالات .

واذا كان المشرع قد حدد إجراء معينا لإصدار القرار المضاد فيجب اتباعه . فاذا لم يحدد المشرع اجراء معينا ، فلا مناص من تطبيق القاعدة العامة وهى أنه لا قيد على حرية الإدارة فى التعبير عن إرادتها ولكن العكس هو الغالب ، لأن أسباب الإلغاء أو اصدار القرار المضاد تحد غالبا على سبيل الحصر ، فيتعين إتباع الاجراءات المقرره لكل سبب ، لتأديب ، ونزع الملكية ، والإستيلاء ، وتخصيص المال للنفع العام أو رفع التخصيص .. الخ .

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة القضاء الإدارى [9] بتاريخ ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ بأن " ولا حجة فيما أثاره المدعى من أن الإستقالة لم تقبل ممن يملك قبولها قولا منه بأنه مادام قد عين بمرسوم فقد وجب أن يكون قبول إستقالته بمرسوم أيضا لأنه إن صح من ناحية المبدأ أن السلطة التى تملك التعيين أو العزل هى التى تملك قبول الإستقالة ، غير أن من المسلم أيضا فى فقه القانون أن الرئيس الإدارى للموظف هو صاحب الراى فى قبول الاستقالة التى يقدمها أحد مرءوسيه أو رفضها وله فى ذلك سلطة تقدير مطلقة فى إستعمالها فإن قراره فى ذلك يكون صحيحاً وملزماً للحكومة والموظف لصدوره منه فى حدود سلطته القانونية "

وإذا لم يكن هناك إجراء

معين رسمه المشرع للإدارة عند إصدارها القرار المضاد ، فليس معنى هذا تحلل الإدارة من أى قيود ، إذ هى ملزمة بالقواعد العامة ، والتى منها الا يمس القرار الإدارى إلا بقرار آخر فى قوته ، فالقرار الصادر من رئيس مجلس الوزراء لا يلغيه قرار صادر من الوزير ، كذلك القرار الصادر من رئيس الجمهورية لا يلغيه الا قرار صادر من ذات الآداة ، وفقا لقاعدة التدرج .

وعلى ذلك قضت المحكمة الإدارة العليا بتاريخ [10] ١٩٥٦/١/١ بأن " القاعدة التنظيمية العامة التى تصدر باداة من درجة معينة لا يجوز الغاؤها أو تعديلها الا بأداة من ذات الدرجة أو من درجة أعلى " وأيضا حكمها بتاريخ ١٩٦٥/٤/٢٤ حيث قضت بأن " القرار المكتوب لا يلغيه الا قرار مكتوب أيضا "

المطلب الثاني : تسبيب القرار المضاد :

القاعدة العامة أن الإدارة لا تلزم بتسبيب قراراتها إلا إذا ألزمها المشرع بذلك بنص صريح فما مدى التزام الإدارة بتسبيب القرار المضاد ؟

إن مجلس الدولة الفرنسى [11] خرج على هذه القاعدة وألزم الإدارة بتسبيب جميع القرارات الصادرة بالغاء القرارات الإدارية السليمة . أما الفقه الفرنسى فجانب منه أيد القاعدة التى إنتهى اليها القضاء الفرنسى وهى وجوب التسبيب فى حالة إلغاء القرارات الادارية السليمة ، وأما البعض الأخر فقد عارض هذا الاتجاه وايد القاعدة العامة وهى أن الادارة غير ملزمة بالتسبيب الا إذا الزمها المشرع بذلك .

أما القضاء المصرى ، فقد ألزم الإدارة بتسبيب قرارات الجزاء التأديبى ، حيث قضت محكمتنا الإدارية العليا ، بأنه " إذا كان الأصل فى القرار الإدارى عدم تسبيب الا إذا نص القانون على وجوب هذا التسبيب ، فإن القرار التأديبى على النقيضى من ذلك ـ فهو قرار ذو صبغة قضائية ـ إذ يفصل فى الموضوع مما يختص به القضاء أصلا فيجب أن يكون مسبباً

وهذا ما أكده أيضا حكم آخر لها إذ تقرر " أن الجزاء الذى توقعه السلطة الرئاسية تحيطه ذات الضمانات التى توفرها المحكمة التأديبية بما يجعله مساويا لحكم المحكمة التأديبية فى هذا الخصوص ، كا أن جزاء السلطة الرئاسية قابل للطعن بالالغاء لعدم التسبيب . "

ويلاحظ على تلك الأحكام أن القضاء ما إستلزم تسبيب قرارات الجزاء كضمانه لاصدار القرار المضاد الذى تتضمنه بعض تلك القرارات ،وإنما ـ على ما تقول به المحكمة الادارية العليا لأن قرار الجزاء ذو صبغة تأديبية ، إذ يفصل فى الموضوع مما يختص به القضاء أصلا فيجب أن يكون القرار مسبباًـ مما مفاده ان القرار المضاد ما لم يكن قرار تأديبى تطبق بشأنه القاعده العامة وهى عدم التسبيب ، وهو ما يعد إهدار لضمانه أساسية للأفراد .

وإذا إنتقلنا للفقه المصرى نجد أن الاستاذ الدكتور / سليمان الطماوى من أنصار الزام الإدارة نحو تسبيب القرار المضاد إذ يقول تعليقا على قضاء مجلس الدولة الفرنسى السابق ذكره أن " ولا يمكن تبرير هذا الإستثناء الا على أساس حماية الأفراد ، ولأن اختصاص الإدارة فى الغاء القرارات الإدارية السليمة هو إختصاص مقيد أى لا يتم فى الغالب الا لأسباب محددة سلفاً فمن المصلحة العامة أن توضح الإدارة تلك الأسباب فى قرارها حتى تسهل مهمة الرقابة القضائية "

كما يؤيد هذا الأتجاه فى الفقه المصرى الحديث [٣٠] الدكتور / حسنى درويش إذ يقرر أن " ونحن من جانبنا نأخذ بالقاعدة التى تقضى بأن الغاء قرار فردى سليم يجب أن يكون دائما مسبباً وسندنا فيما نذهب أن بعضا من الفقه الفرنسى قد إنتهى الى أن الإدارة ملزمة بتسبيب قراراتها الإدارية ، فمن باب أولى بالنسبة لالغاء القرارات الفردية المشروعة ، والتى تولد حقوقاً ومزايا لأصحاب الشأن ، وهذا فى حد ذاته ضمانة شكلية تتيح للقضاء مد الحماية للأفراد أصحاب الشأن ، وتلمس الدوافع والأسباب التى حدت بالادارة الى إصدار القرار ، وأن تلك الأسباب تسهل مهمة الرقابة القضائية وإن كان هذا الاتجاه يخالف القاعدة التقليدية التى جرى عليها الفقه والقضاء منذ فترة طويلة والتى تقضى بأن الادارة غير ملزمة بالتسبيب الا حيث يوجد نص خاص يقضى بذلك "

وإنى أشاطر الرأى الفقهى الأخير فيما اتجه اليه من رأى بوجوب تسبيب الادارة لقراراتها التى تلغى القرارات الإدارية الفردية المشروعة ، التى ترتب حقوقاً أو مزايا للأفراد ذوى الشأن ، برغم أن هذا الاتجاه الذى ننادى به يمثل خروجاً على القاعدة العامة التى تقرر أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الا حيث يلزمها المشرع بذلك .

فلا مشاحة فى أن التسبيب فى هذا الخصوص يمثل ضمانة أكيده للأفراد الذين إكتسبوا حقوقاً فى ظل القرار الأول ، حيث يسهل مهمة القضاء فى بسط رقابته على صحة الدوافع والأسباب التى إكتنفت إصدار القرار المضاد ، فضلا عن أن التسبيب فى رأى يجعل الإدارة تتريث فى إصدار مثل تلك القرارات ، أى بعد فحص وتمحيص شديدين ، حتى يكون قرارها بمنأى عن الالغاء القضائى ، مما ينعكس بالتالى على إستقرار المراكز والأوضاع القانونية .

أما فيما يتعلق بالتسبيب فى مجال القرارات التأديبية فهو ضرورة لا غنى عنها حيث يكفل الإطمئنان الى صحة ثبوت الوقائع التى قرر الجزاء بناء عليها ، والتى كونت منها السلطة التأديبية عقيدتها وإقتناعها ، كما يكفل الإطمئنان الى صحة التكييف القانونى للواقعة ومدى إنطباق أدلة الإدانة بما يفيد أركان الجريمة التأديبية وقيام القرار على سبب يبرره حقا وصدقا [١٤]

المطلب الثالث : إحترام حقوق الدفاع :

إن عدم الأخلال بحق الدفاع هو من المبادئ القانونية التى توجد بغير نص . ويقصد بحق الدفاع تمكن الموظف من الدفاع عن نفسه وإبداء ملاحظاته ، فينبغى منحه أجلا معقولا لتحضير دفاعه إذا ما طلب ذلك وحق الدفاع بهذا المعنى ، يقوم على فكرة أساسية مفادها أن للمتهم إيضاح وجهة نظره للهيئة التى تقوم بالتحقيق ، وتلك التى تقوم بالمحاكمة دون بغى منه أو بغى عليه ، وهذا المبدأ ينطبق فى شأن القرارات التى تولد حقوقاً وتلك التى لا تولد حقوقا .

ومن أبرز صور إحترام حقوق الدفاع فى القرارات التى لا تنشئ حقوقاً هى قرارات الجزاء التأديبى ، ومن المعروف ، أن مناط مشروعية القرارات التأديبية أن يكون إستخلاصها لنوع الجريمة التأديبية ، إستخلاصا سليما من الوقائع الثابتة بالأوراق . وألا يتسم الجزاء الذى توقعه جهة التأديب بالغلو والشدة التى لا تتناسب مع حقيقة ما نسب للعامل .

وهذا هو ما إتجهت اليه محكمة القضاء الادارى إذ قضت فى حكم لها بتاريخ ١٩٧٩/٢/١٣ بأن من حيث أن القرار المطعون فيه يقوم على سبب صحيح مستمد من أصول ثابتة فى الأوراق وصادر ممن يملكه ، وبعد تحقيق مع المدعى روعيت فيه الضمانات المقررة قانونا للدفاع عن نفسه ـ فإن القرار يكون بحسب الظاهر سليما قانونـا "

وهو أيضا ما تبنته المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها فى ١٩٧٩/١٢/١ إذ قررت أنه " لايجوز توقيع عقوبة على العامل الا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً " .

ولكن هذه الضمانة لا يتمتع بها من وضع نفسه فى وضع لا يتفق ومقتضيات الوظيفة أو من لم يراع حدود الكرامة أو متى إستحال على الإدارة إعمالها بفعل الشخص نفسه . وهو أمر مستقر عليه فى القضاء والفقه فى فرنسا ومصر .

ومن تطبيقات القضاء الفرنسى [١٥] فى هذا الشأن ، حكم مجلس الدولة الفرنسى ، إذ لم يلغ قرار الفصل الصادر دون سماع دفاع الموظف ، لأن هذا الموظف كان قد غادر مقره دون أن يترك عنوانه ، وكان من المستحيل الإستدلال على ذلك العنوان .

ومن تطبيقات ذلك فى مصر حكم محكمة [١٦] القضاء الإدارى إذ قضت بأن " وإن كانت حرية الدفاع حق مقدس مجمع على إحترامه الا أن هذه الحرية تجد حدها الطبيعى فى التزام الكرامة . . . ،

وفى حكم أخر بتاريخ ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٥ قضت بأن " إمتناع بعض الموظفين عن الإدلاء بأقوالهم أثناء التحقيق لسبب من الأسباب لا يؤدى الى بطلان الإجراءات لأنهم هم الذين فوتوا على أنفسهم فرصة سماع أقوالهم وتحقيق دفاعهم فلا يجوز لهم أن يفرضوا إرادتهم

من حيث وجوب تأليف لجنة قضائية لبحث شكواهم وتحقيق دفاعهم ، إذ أن هذا الأمر من سلطة وكيل الوزارة يمارسه فى حدود إختصاصه المرسوم بقانون نظام موظفى الدولة [(١٧)] " .

ومن ناحية أخرى فإن بسط القضاء الإدارى رقابته على قرارات التاديب من حيث الملاءمة فيما يعرف بغلو الجزاء أو شدته يجد صداه فى العديد من أحكامه ، ومنها حكم محكمة [(١٨)] القضاء الإدارى والذى جاء فيه " . . . ولما كان المفروض على لجنة الشياخات التزام التدرج المقرر قانونا فى شأن تقدير العقوبة تبعا لنوع الجريمة ودرجة خطورتها لأن هذا التدرج فيما يجوز للجنة الشياخات أن توقعه من جزاءات ، وقد وضعته المادة ٢٤ من القانون رقم ١٤١ سنة ١٩٤٧ الخاص بالعمد والمشايخ ، وهو يدل على أن المشرع قصد أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ ، ولم يقصد البتة إعطاء اللجنة سلطة فصل العمدة مهما تكن التهمة الموجهة اليه أو مهما يكن الخطأ الذى وقع فيه . ومن ثم لا يجوز الإعتماد الى عقوبة الفصل وهى أشد الجزاءات الا من أجل تهم جسيمة أتاها العمدة ، ومن أجل ذلك تبدو عدم الملاءمة الظاهرة بين التهم المنسوبة للمدعى والعقوبة التى تضمنها القرار المطعون فيه مما يجعله مشوبا بعيب الإنحراف وسوء إستعمال السلطة "

ثم سحبت هذا المبدأ من مجال تأديب العمد الى تأديب بعض الطوائف الأخرى ، ومن ذلك حكمها الصادر فى [(١٩)] ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٣ بخصوص العقوبات التى توقع على طلبة الكلية الحربية حيث تقول : " . . . وقد قصد الشارع بهذا التدرج فى ذكر العقوبات أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ ، فلا يفصل الطالب مهما تكن التهمة الموجهة اليه ، وانما يجب أن يقاس الجزاء بمقياس الخطأ الذى وقع منه "

الا أن مجلس الدولة المصرى سواء بهيئة محكمة قضاء إداري أو محكمة ادارية عليا قد عدل عن هذا المسلك بأحكام لاحقة ، فمحكمة القضاء الإدارى تقول مثلا فى حكمها الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٧ أن " تقدير مدى تناسب الجزاء التأديبى مع المخالفة التأديبية التى استوجبت توقيعه ، هو مما تستقل به الجهة التى جعل لها القانون الإختصاص بتوقيعه ، ولا تملك المحكمة - على ما جرى به قضاؤها - التدخل فى هذا التقدير . ومرد ذلك الى أن المخالفات التأديبية غير محددة ، ولا مقررة بنصوص خاصة تبين أركان كل منها ، ولذلك يقع العقاب التأديبى على أعمال تقدر الجهة التأديبية أنها تستحق الجزاء ، وتقدر تبعا لذلك مقدار هذا الجزاء فى حدود العقوبات الواردة فى القانون .

وقد حرصت المحكمة الإدارية العليا على أن تؤكد هذا المبدأ الأخير ، فى نطاق تأديب العمد ، وهو المجال الذى نشأ فيه هذا القضاء لأول مرة ، فهى فى حكمها الصادر فى ١٥ يونية سنة ١٩٥٧ تؤكد أنه " لما كان

المشرع لم يحدد فى قانون العمد والمشايخ عقوبة معينة لكل فعل تأديبى بذاته ، بحيث تتقيد الادارة بالعقوبة المقررة له ، والا وقع قرارها مخالفا للقانون ، فإن تقدير تناسب الجزاء مع الذنب الإدارى في نطاق تطبيق هذا القانون ، يكون من الملاءمات إلتى تنفرد الإدارة بتقديرها ، والتى تخرج عن رقابة القضاء الإدارى " وفى حكم أحدث صادر فى ٥ يناير سنة ١٩٦٣ (س ٨ ص ٣٩٨) قد فسرت المقصود باصطلاح عدم الملاءمة التى قد ترد فى بعض الأحكام فى هذا الصدد حيث تقول : " ... إن تقدير العقوبة للذنب الإدارى الذى يثبت فى حق الموظف هو من سلطة الإدارة ، لا رقابة للقضاء فيه عليها ، الا إذا اتسم بعدم الملاءمة الظاهرة ، أى بسوء إستعمال السلطة " .

المبحث الثالث : آثار القرار المضاد:

نقسم موضوع هذا المبحث الى مطلبين ، نتكلم فى الأول منهما عن قصر آثار القرار المضاد للمستقبل ، وفى المطلب الثانى عن عدم إنسحاب القرار المضاد على الماضى .

المطلب الأول : قصر آثار القرار المضاد للمستقبل .

يرى الفقيه جيز [٢٠] أن القرار المضاد باعتباره تصرفا قانونياً يتم بمقضاه الغاء الآثار القانونية التى تولدت فى قرار مشروع بالنسبة للمستقبل ، فإنه مما يخالف المنطق القانونى الغاء آثار القرار التى تولدت فى الماضى سليمة ، ولذلك تتجه آثار القرار المضاد للمستقبل .

فالقرار الملغى بموجب القرار المضاد يتوقف عن أن ينتج آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل ، وتبقى آثاره فى الماضى سليمة وهذا القول يحمل معنى عدم المساس بالآثار التى ترتبت فى الماضى ، وعلى العكس المساس بالآثار التى ستترتب فى المستقبل . وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء ، إذ أن مبدأ إستقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية فى شأن القرار المضاد يغدو مبدأ نسبياً فيما يتعلق بانهاء الآثار الفردية للمستقبل ، ويبقى المبدأ مطبقا فى صورته المطلقة ، فيما يتعلق بعدم المساس بالآثار الفردية التى ترتبت فى الماضى سليمة ، ويمتنع على الادارة أن تنال منها فى المستقبل .

وذلك هو ما إنتهى اليه العميد [٢١] الدكتور/ سليمان الطماوى إذ قرر " إن القرار المضاد ... ينصرف أثره الى المستقبل ، مع بقاء كافة الآثار التى ولدها القرار الملغى سليمة ، ومنتجة لجميع آثارها . فالقرار الصادر بفصل الموظف لا أثر له على كافة الأعمال التى قام بها الموظف قبل قرار الفصل ، وتظل هذه الأعمال سليمة وملزمة للموظف الذى عين خلفاً له وللإدارة كلها ، والقرار الصادر بالغاء الترخيص بفتح محل عام لا يمس العلاقات التى تكون قد تمت قبل صدور القرار الأخير ... الخ "

وهو أيضا ما قرره [٢٢] الدكتور/ محمود حلمى إذ قال

بأن " ... أما إذا صدر القرار الفردى مضاداً لقرار فردى آخر فإن القرار الجديد هو الذى يسرى ويعتبر ملغياً للقرار السابق فيما تضمنه من تضارب مع **القرار الأول** :

والإلغاء سواء كان صريحاً أو ضمنياً يكون كلياً شاملا للقرار برمته أو جزئياً يتعلق ببعض أحكامه فقط - ويعتبر القرار الجديد - إذا نظم فى جديد موضوع القرار السابق - ناسخا له جملة وتفصيلا ولو إنتفى التعارض بين بعض أحكام القرار الجديد والقرار السابق "

المطلب الثانى : عدم إنسحاب القرار المضاد على الماضى .

كما بدى ذكره ، فإن القرار المضاد يقتصر أثره بالنسبة للمستقبل ، ولا تنسحب آثاره على الماضى .

ويرى الفقيه جيز أن القرار المضاد لا ينسحب على الماضى ويرجع ذلك الى أن القرار المضاد بديل عن القرار الملغى ومنفصل عنه بصورة مطلقة . بيد أن هناك رأى فى الفقه الفرنسى يرى أن مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية يطبق بصورة مطلقة فيما يتعلق بالإثار التى تولدت فى الماضى سليمة ، وهذه النظرية تطبق فى شأن القرارات الفردية والشرطية ، الا أنه فيما يتعلق بالقرارات الشرطية فيرد عليها عدة إستثناءات تمس أثار الفردية التى ترتبت فى الماضى سليمة ، وذلك إذا ما ترتبت عليهما مصلحة لصاحب الشأن ، فعلى سبيل المثال : سحب قرارات فصل الموظفين والسحب الرجعى للقرار السليم بالإحالة الى المعاش ، ففى تلك الحالات تعدم الإدارة آثار قرارات الفصل أو الإحالة الى المعاش بأثر رجعى ويعود الموظف الى وظيفته الأولى ، ويعتبر كأنه لم ينفصل عنها فى أية لحظة من اللحظات .

وبصرف النظر عن هذه الإستثناءات فالقاعدة هى إحترام مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية المشروعة ، وهذا المبدأ مطلق فيما يتعلق بالآثار التى ترتبت فى الماضى من خلال إعمال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية . فهذا المبدأ مؤداه أن القرارات الفردية تصير نافذة من وقت صدورها فى حق الإدارة ، ومن تاريخ العلم بها فى حق الأفراد ، ولا تنسحب على الماضى ، وهذا المبدأ يقوم على فكرة إستقرار المعاملات ومنطق العدالة وذلك بمنع انتشار المحسوبية على حساب النفع العام ، كما أن تلك القاعدة لا تستند الى مجرد إحترام الحقوق المكتسبة والمراكز الشخصية فحسب ، بل تقوم أيضا على ضرورة ممارسة الاختصاصات الإدارية وفقا للأوضاع القانونية السليمة ، ومنها ممارسة الإختصاص بالنسبة للمستقبل .

خاتمة :

عرضنا فى هذا البحث المتواقع ، لدراسة وتأصيل نظرية من أدق نظريات القانو الإدارى ، والمعلوم أن القانون الإدارى هو قانون حديث العهد والنشأة نسبياً ، وهو أيضا قانون إنشائى من خلق القضاء

الإدارى فى فرنسا ومصر ، فيرجع الفضل كل الفضل للقضاء الإدارى فى إرساء معالمه وإبتداع نظرياته ، وذلك بوضع الحلول المناسبة فى المنازعات الإدارية ، للتوفيق بين إعتبارات الحرص على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد - وهى قاعدة أصيلة فى القانون العام - وبين حرية الأفراد وحقوقهم ، بمعنى أن تلتزم الإدارة فى تصرفاتها حدود المشروعية .

ونظرية القرار المضاد - موضوع البحث - نشأت أول ما نشأت فى فرنسا . ومن المعلوم أن فرنسا هى الدولة الوحيدة التى إكتملت فيها معالم القانون الإدارى وحدوده - أو كادت - بالإضافة الى أن فرنسا هى المصدر التاريخى للقانون الإدارى فى مصر ، ولذا فهى بحق المرشد والمنار لكل باحث فى علم القانون الإدارى [٢٣] .

وهذه الوسيلة - القرار المضاد - تعد إحدى وسائل إنهاء القرار الإدارى الفردى السليم بعمل من جانب الإدارة .

ومجال إنطباق النظرية - كما سلف ذكره - يشمل القرارات الشخصية والقرارات الشرطية ، سواء ولدت حقوقاً ومزايا للأفراد ذوى الشأن أم لا .

وقد أحاط المشرع - فى فرنسا ومصر - تلك الوسيلة بضمانات متعددة ، ومن ثم فهى ضمانات قانونية ، الا أن عدم النص على تلك الضمانات فى إتباع هذا السبيل ، لم يمنع القضاء عن أن يقرر ضمانات لتلك الوسيلة ، وعلى الأخص فى القرارت التأديبية - فى مصر قبل صدور قانون النيابة الإدارية رقم ١١٧ سنة ١٩٥٨ - وتلك الضمانات على ما أسلفنا تنحصر فى الإختصاص والشكل ، وقاعدة التسبيب ، وقاعدة إحترام حقوق الدفاع .

ونرى مع ذهب إليه الفقه المصرى بحق أن يطبق القضاد المصرى ، القاعدة التى أتبعها مجلس الدولة الفرنسى ، وهى قاعدة تسبيب القرار المضاد عموماً ، بحيث لا يقتصر مجال أعمالها على القرارات التأديبية فقط ، حيث نرى فى ذلك مع من سبقنا إليه ، ضمانة جوهرية للأفراد تمثل حصن أمان ضد عسف الإدارة وشططها فى إستعمال سلطتها .

وبعد .. لا نجد فى ختام هذا البحث المتواضع شيئاً نقوله أفضل مما ذكره العماد الأصفهانى بقوله . " لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه الا قال فى غده لو غير هذا لكان أحسنى ، ولوزيد كذا لكان يستحسن ، ولو ترك هذا لكان أفضل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على إستيلاء النقص على جملة البشر "

" والله ولى التوفيق "

١ـ د. سليمان الطماوى الوجيز فى القانون الإدارى طبعة ١٩٨٢ ص ٤ .

٢ـ د. سليمان الطماوى ـ النظرية العامة للقرارت الإدارية طبعة ١٩٧٧ ص ٦٩٥ وما بعدها .

٣ـ مشار إليها فى د. حسنى درويش ـ نهاية القرار الإدارى عن غير طريق القضاء . رسالة دكتوراة .

٤ـ النظرية العامة للقرارات الإدارية سالفة الإشارة .

٥ـ تدرة القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية طبعة ١٩٧٠ ص ١١١ ومابعدها .

٦ـ رسالته لنيل درجة الدكتوراه وموضوعها سريان القرار الإدارى من حيث الزمان .

٧ـ د. رمزى الشاعر ـ تدرج البطلان فى القرارت الإدارية ـ رسالة دكتوراه ـ عين شمس .

٨ـ د. سليمان الطماوى ـ النظرية العامة للقرارت الإدارية بادية الذكر ص ٦٩٦ وما بعدها .

٩ـ منشور فى رسالة الدكتوراه المشار إليها ـ دكتور حسنى درويش .

١٠ـ المرجع السابق .

١١ـ د. سليمان الطماوى ـ النظرية العامة للقرارات الإدارية سالفة لاتنوية ص ٦٩٨

١٢ـ النظرية العامة للقرارات الإدارية بادية الذكر .

١٣ـ رسالة سالفة الإشارة .

١٤ـ حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٨ السنة السابع ص ٧٤٤

١٥ـ حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ ـ مشار إليه فى النظرية العامة للقرارت الإدارية ـ سالفة الإشارة ـ د. سليمان الطماوى .

١٦ـ القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ منشور فى مؤلف القضاء

التأديبى المعاصر للأستاذ / صلاح الدين الطوخى هامش ص ٨٣ .

١٧ـ منشور فى النظرية العامة للقرارت الإدارية للدكتور الطماوى (سبق ذكره) .

١٨ـ مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثامنة ص ٥٤٠ ، وبنفس المعنى والألفاظ عديد من الأحكام إليهم فى النظرية العامة للقرارت الإدارية الدكتور / الطماوى هامش ص ٨٤ .

١٩ـ المرجع السابق ص ٨٤ وما بعدها .

٢٠ـ د. حسنى درويش نهاية القرار عن غير طريق القضاء (سبقت الإشارة إليه)

٢١ـ مرجعه سالف الإشارة .

٢٢ـ د. رمزى الشاعر فى رسالتة بادية الذكر .

٢٣ـ رسالته المشار إليها .

تجـــزئـــة

للسيد الأستاذ
عبد المنعم عبد الباقى النفيلى
المحامى

القاعدة نسبية الاثر المترتب على الإجراء سواء بالنسبة لمن باشر أو لمن بوشر ضده بمعنى أنه لايضـــار منــه إلا من اجـــراه ولا يحتج بة إلا قبل من أتخذ ضده إلا إن تلك القاعدة أستثنى منها بعض الحالات .

١ ـ الحكم فى موضوع غير قابل للتجزئة

٢ ـ اوفى الالتزام بالتضامن .

٣ ـ أوفى دعوى يوجب القانون فيها إختصام أشخاص معينين .

الحالة الاولى موضوع غير قابل للتجزئة :

هو عدم التجزئة المطلوبة الذى يكون من شأنة ان الفصل فى النزاع لا يحتمل غيرحل واحد بعينة ومن الأمثلة التى اعتبرتهـــا محكمـــة النقض موضوع غير قابل للتجزئة .

" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا إنفرد ولهم جميعا إذا إجتمعوا عليه "

(الطعن رقم ٩٠٩ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ س ٣٢ع٢ ص٦١١) .

والحالة السابقة التى أشار إليها الحكم ان المورثة قبل وفاتها كانت أعلنت إعلان الرغبة فى الشفعة بالفعل ولم تتنازل عن الحق فى الشفعة .

وفى قضاء آخر لمحكمة النقض " دعوى صحة ونفاذ عقد بيع صادر من مورث دفعها من جانب فريق من الورثة بأن التصرف فى حقيقتة وصية ـ نزاع غير قابل للتجزئة ـ لأن الورثة يستمدون مركزهم رغم تعددهم من مصدر واحد هو حقهم فى الميراث ولا يحتمل الفصل فى طعنهم على التصرف غير حل واحد ولا يصح أن يكون التصرف بيعاً بالنسبة لبعضهم ويكون فى نفس الوقت وصية بالنسبة للاخرين "

(نقض ١٩٦٨/٤/٣٠ طعن ١١٣ س ٣٣ ق) .

وبنفس المعنى قضت محكمة النقض .

" دعوى صحة التعاقد دفع ورثة البائع ببطلان العقد لصدوره من المورث وهو فى حالة عتة شائعة ويعلمها المشترى موضوع غير قابل للتجزئة " .

(نقض ١٩٧٧/٥/١٧ طعن ٣٩٨ س ٤٢ ق) .

وفى قضاء اخر .

" إذا كان الطاعن قد وجة دفعة بصورية عقدالبيع الصادر لمورث المطعون عليهم وصدر

الحكم المطعون فية مقرراً رفض هذا الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعاً وكان موضوع الصورية بهذا الموضع الذى إنتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة وكان مناط العنى على الحكم المطعون فية هو موضوع الصورية أنف الذكر فإن بطلان العقد بالنسبة للمطعون عليهم الخمسة الأولين يستبع بطلانة بالنسبة للمطعون علية السادس مما يتعين معــه بطــلان العقد برمتــة "

(نقض ١٩٧٤/٣/٢٨ س٣٨ ق س ٢٥ مكتب ص ٥٩٨)

وفى قضاء اخر

" الإدعاء بتزوير عقد الرهن الصادر من المورث غير قابل للتجزئة "

(الطعن ١٩٦٧/٣/٧ س ١٨ ص ٥٦٥)

وفى قضاء أخر

" الحكم فى النزاع فى شأن صحة السند أو تزويره صادر فى موضوع غير قابل للتجزئة "

(الطعن ١٩٦٣/٤/٤ س ١٤ ص ٤٩٠)

وفى قضاء أخر

" القضاء بإنهاء عقد الايجار للأرض الفضاء المؤجرة للمورث موضوع غير قابل للتجزئة بطلان العقد بالنسبة للطاعنات عدا الطاعنة الاولى اثره ـ وجوب اختصامهن فى الطعن م . ٢١٨ مرافعات ".

(طعن رقم ١٠٣٩ س٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٩ س ٣١ س ٤٤٣)

وفى قضاء آخر .

" الأصل إن رسم الأيلولة ينقسم بين الورثة يعتبر النزاع غير قابل للتجزئة إذا كان منصباً على عناصر التركة ومقوماتها وما يخضع منها للرسم وما يعفى منة قبل أيلوتها الى الورثة "

(نقض ١٩٧٠/٢/٤ س ٢١ ص ٤٠٠)

المقرر وعلى ما جرى بة قضاء النقض إن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاه بديون وإلتزامات المتوفى بما يخول لدائنيه إستيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم ما دام إن الدين قائم لأن التركة منفصلة شرعاً على أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وترتيبا على ذلك يكون دفع المطالبة الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة يكفى أن يبديه البعض منهم ليستفيد منة البعض الآخر وإذا قضت محكمة الأستئناف بقبول الدفع بإنقضاء الخصومة بمضى المدة بالنسبة لبعض الورثة دون غيرهم ـ الطاعن ـ الذى قضى برفض الدفع بالنسبة له بإلزام التركة ممثلة فى شخصة بالدين فإنها تكون قد اخطأت فى تطبيق القانون "

(الطعن رقم ٤٢٠ س٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩ س٣٥ ص٨٤٨)

وفى قضاء آخر

تقدير أتعاب المحامى عن مهمة واحدة لموكليين متعددين موضوع غير قابل للتجزئة رفع أحد المحكوم عليهم إستئناف فى الميعاد فإنه لباقى المحكوم عليهم رفع إستئناف عن ذات الحكم بعد الميعاد منضمين للأول فى طلباته م ٢١٨٠ مرافعات "

(الطعن رقم ٢٥٧ س ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٨ س ٣٠ ص٥١١)

دعوى بطلان عقد الهبة لعدم أستيفائها الشكل القانونى ـ غير قابل للتجزئة .

(الطعن رقم ٨٤٣ س٤٤ق جلسة ١٩٨/٣/٢٩)

بطلان عقد بيع وفائى يخفى رهن غير قابل للتجزئة .

(طعن ١٩٥٥/٣/٣ ـ م ق م ١١٥٠ ، ١١٦ ص ٢٢٧)

وفى قضاء آخر .

" دعوى بطلان إجراءات التنفيذ لا تقبل التجزئة ـ والقضاء ببطلان حكم مرسى المزاد بالنسبة للمطعون ضدها الثالث ينسحب أثره لباقى الخصوم فى الدعوى فمن ثم لا على الحكم المطعون فية عدم رده إستقلالا على ما آثاره الطاعنان بالنسبة لصحة تمثيل المطعون ضدها السابقة لمن بلغ سن الرشد أثناء سير الخصومة التنفيذ "

(الطعن رقم ٥٤٥ س٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/١٧ س٣١ ص ١٩٧)

وكما بدأنا فإن عدم التجزئة المقصود بة أن يكون الفصل فى النزاع لا يحتمل غير حل واحد بعينة بصرف النظر عن موضوع الطلبات ومحلها .

(نقض ١٩٧٩/٧/٣ طعن رقم ٧٥٢س ٤٣ ق)

وذلك كله فى نطاق نص المادة ٣٠٠ مدنى التى تذكر .

يكون الإلتزام غير قابل للإنقسام .

أـ إذا ورد على محل لا قبل بطبيعتة أن ينقسم

ب ـ إذا تبين من القصد الذى رمى إليه المتعاقد أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما أو إذا أنصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك ومفاد هذا الحكم أن القابلية للانقسام مقصود بة فى بداية الأمر الألتزامات الاتفاقية أما الإلتزامات الغير الأتفاقية فيرجع منها إلى طبيعة محل التزام ـ وقد قضت محكمة النقض .

" أن كان الأصل إن الإلتزام يكون قابلاً للإنقسام إذا أورد على محل يقبل بطبيعتة ان ينقسم إلا أنه يمكن تقرير عدم الإلتزام بارادة المتعاقدين ـ ولمحكمة الموضوع سلطاتها المطلقة فى إستخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الإلتزام للإنقسام دون معقب عليها من محكمة النقض "

(نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن رقم ٦٥٤ س ٤٥ ق)

وعدم القابلة للإنقسام كما ذكرنا قد يكون نتيجة عدم القابلية للإنقسام بسبب طبيعة المحل والحساب الجارى يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة بشرط ان يتضمن وجود معاملات متبادلة ومتصلة ومتشابكة بين طرفيه يحمل بعضها بعضا .

وقد قضت محكمة النقض

" الحساب الجارى الذى يخضع لقاعده التجزئة ـ على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفية يعتبر فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً آخرى وتكون هذه العمليات متشابكة يتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر .

وأما إذا تظلم الحساب على أساس إن مدفوعات أحد الطرفين لا تبدأ إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر فإن هذا الحساب لا يخضع لقاعده عدم التجزئة "

(١٩٦٨/٦/٢٥ م نقض س١٩ ص١١٦)

النزاع حول عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها للورثة يعتبر غير قابل للتجزئة فقد قضت محكمة النقض " وإن كان الأصل فى رسم الأيلولة ينقسم بين الورثة ويستحق على صافى نصيب كل وارث وينتصب كل منهم خصماً عما يخصة منة بعد تحديد إلا أنه إذا كان النزاع منصباً على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها إلى الورثة وما يخضع منها لرسم الأيلولة ـ وما يعفى منة وهى أمـــور لا تحتمـــل المغايـرة ولا يتأنى أن تختلف إختلاف الورثة فانه يكون نزاعا غير قابل للتجزئة ويكون الوارث الذى يطعن فى تقدير هذه التركة نائباً عنها وعن سائر الورثة بوكالة قانونية أساسها وحده التركة وإستغلالها عن اشخاص الورثة وأموالهم الخاصة فإذا كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى إن النزاع أنصب على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها الى المطعون عليهم فإنه يكون نزاعا غير قابل للتجزئة ويكون المطعون علية الأول إذا اثار هذا النزاع أمام لجنة الطعن نائباً عن الشركة وسائر الورثة "

(نقض ١٩/٥/١٩٧٤ س ٢٥ ص ٩٠٧)

ثانيا : الإلتزام بالتضامن

الأصل فى الإلتزام أن يكون بسيطاً ومن ثم ينقسم إذا كان متعدد الأطـراف وسـواء كان التعـدد من جانـب المدنيين أم الدائنين ورجوعا إلى هذا الأصل ينقسم الإلتزام إلى روابط متعددة فتكون هناك رابطة بين كل دائن وكل من المدينين والعكس تكون هناك رابطة بين كل مدين وبين كل من الدائنين .

والتضامن بوجد المحل ويبق على تعدد الروابط وقد يكون التضامن إيجابى يكون كل من الدائنين دائن للمدين بكل الدين قابل للتجزئة بما يخول كلاً منهم الطالبة به كلة وفى التضامن السلبى يعتبر كل من المدنيين المتعددين متضامنين بديناً للدائن بكامل الدين وأن وصف التضامن وإن أدى إلى وحدة المحل فأن المقصود بذلك هو عدم انقسام الالتزام فى مواجهة الطرف الآخـر.

ويجدر بنا ان نميز بين الإلتزام التضامنى السلبى وبين الإلتزام التضـامنى اذ يتميز الإلتزام التضامنى السلبى بوحدة مصدر الإلتزام أم بجميع الدين فان كان العقد كان هذا العقد هو مصدر الالتزام واذا كان نص القانون كتضامن المسئولين عن الفعل الغيـر مشـروع عمـلاً بنص المادة ١٦٩ .

" إذا تعدد المسؤلين عن عمل ضـار كانـوا متضامنين فى إلتزامهم بتعويض الضرر . . . "

وقيام التضامن بين المدنيين يترتب عليه قيام نيابة تبادلية بين كل من المدنيين وبين الآخرين فيما ينفع لا فيما يفد .

والتضامن بنوعية لا يفترض اذ لابد لتقريره من إتفاق او نص قانونى .

وقد قضت محكمة النقض

" لا يفترض التضامن ولايؤخذ نص بالظن ولكن ينبغى أن يرد الى نص فى القانون أو إلى إتفاق صريح أو ضمنى "

(طعن ٢٦/١١/١٩٦٨ س ١٩ص ٥٦٥)

وذلك ماورد فى نص المادة ٢٧٩ مدنى التضـــامن بينـــ الدائنيـــن أو بـــين المدنيـــين لا يفترض وإنما يكون بناء على إتفاق أو نص فى القانون "

ويجـدر بنـا أن نذكـر أن التضاعـم ليس نوعـاً من التضامن اى الإلتزام دو الحمل الواحـد والمتعـــدد المدنين فالتضاعم لا ينشأ من اتفاق او نص فى القانون كما هو الحال بالنسبة للتضامن وانما يستمد وجوده من طبيعة الإسناذ ذاتها ومثـــل ذلك ما ورد بنـص المادة ٧٩٢ .

" إذا كان الكفلاء قد إلتزمو بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤلاً عن الدين كلة إلا إذا أحتفظا لنفسه بحق التقسيم "

وخلاصة القـول بالنسـبة للتضامن إنه لا يكون الأبناء على اتفاق او نص فى القانون وانة بوحده المخل يجعلة غير قابل للإنقسام .

ثالثاً : فى دعوى يوجب القانون إختصام أشخاص معينين وهو التعدد الإجبارى :

تعدد الخصوم سواء كمدعيين أو كمدعى عند بدء الخصومة قد يكـون إختيـارياً وقـد يكـون إجبارياً .

التعدد الإختيارى :

يكون للمدعى سلطة بدء خصومة واحدة على أكثر من شخص أو يكون للمدعين بدء خصومة واحدة على شخص واحد أو أكثر .

والتعدد الإجبارى

والقاعدة إنه يوجد تعدد إجبارى بالنسبة للدعوى الواحدة إذا لم يترك التعدد لإختيار الخصوم ويوجد هذا التعدد الإجبارى .

أ- اذا نص القانون على ذلك بأن ينص على إختصام جميع أطراف الرابطة الموضوعية فى الخصومة ومن أمثلتة دعوى قسمة المال الشائع إذ يجب أن ترفع على باقى الشركاء وفقاً لنض المادة ٨٣٦ مدنى ودعوى الشفعة إذ يجب إختصام كل من البائع والمشترى وذلك عملاً بنص المادة ٩٤٣ مدنى ومن الحالات التى يوجب فيها المشرع إختصام أشخاص معينين دون أن يكـون التعـدد . .اجباريـا وذلك كما هو الحال فى دعوى استرداد المنقولات المحجوزه إذ يجب ان ترفـع على المديـن والحاجزين .

ب - حيث لا يوجد نص يكون التعدد إجباريا لكل من الدعوى التقديرية والدعوى المنشئة دون دعـوى الالتـزام وعلى ذلك انـه لا يتصـور تقريـر رابطة واحدة (والدعوى التقديريـة) أو تغيير هـذه الرابطة إلا فى مواجهة جميع اطراف هذه الرابطة ومن أمثلة هذه الدعاوى تقرير المرتفق حق إرتفـاق .

اثار التعـدد يمكن اجمالها فيما يلى :

١ - أن الخصومة تبقى واحدة رغم هذا التعدد .

٢ - يكفى نشاط خصم واحد لسـير الخصومـة فلا تسقط الخصومة إلا إذا انفضت مدة السقوط منذ آخر إجراء صحيح .

٣ - ان يطلب المدخل بحق

خاص بة فى مواجهة طرفى الخصومـة .

٤ ـ أن يكون طلب التدخل مرتبطا بالخصومة القائمة أو بمحل هذه الخصومة مادة ٢٦ مرافعـات .

وبعد أن عرضنـا لتلك الحالات التى استثنيت من نسبة الأثر المرتب على الإجراء سواء بالنسبة لمن باشر أو لمن بوشر ضده .

نعرض لتلك الحالات بالنسبة

أ ـ لسقوط الخصومة

ب ـ الطعن

أ ـ بالنسبة لسقوط الخصومة

كان القضاء فى فرنسا وفى مصر ثابـت على إعتبـار الخصومـة فيما يتعلـق بسـقوطها ـ وحـدة لا تتجـزأ اولو كان موضوعها قابلاً للتجزئة بحسب طبيعة ذلك وذلك تحقيقاً لأحد الأغراض المقصـودة من الخصومة وهو التخلص من القضايا التى يتقادم عليها العهد وهـذا الغرض لا يتحقق إذا جاز اسقاط الخصومة بالنسبة لبعض الخصوم مع بقائها بالنسبة للبعض الآخر وكان قانون المرافعات السابق يقرر هذه القاعدة فى نص المادة ٣/٣,٣/٣ ولم يبق القانون الجديد على تلك القاعده على تقدير انه قد يكون لمن لم يتمسك من المدعى عليهم بإسقاط الخصومة مصلحة فيها وكان الأوفق إلغاء القاعدة بشقيها حتى تكون الخصومة قابلة للتجزئة سواء عند تعدد المدعين أو تعدد المدعى عليهم وذلك لذات العلة التى من أجلها ألغيت القاعدة المتقدمة فى قانون المرافعات الحالى ـ واذن فتعدد المدعى عليهم فى ظل القانون الجديد جاز لبعضهم دون البعض الآخر التمسك باسقاط الخصومة مالم تكن غير قابلة للتجزئة بحسب طبيعتها او بنص القانون او كان القانون يوجب أختصام اشخاص معينين فيها ـ فأن الحكم باسقاطها فى هذه الأحوال بالنسبة لاحد المدعى عليهم بناء على طلبة وحده يترتب علية زوال الخصومة برمتها لان القانون عندما يوجب إختصام أشخاص معينين فى خصومة ما لا يتطلب مجـرد اختصامهم إبتـداء وإنمـا هـو يستوجب ان يصدر الحكم فى الموضوع فى مواجهتهم جميعا أذن يترتب على تمسك احد المدعى عليهم باسقاط الخصومة فى الدعاوى التى يوجب فيها القانون اختصام اشخاص معينين سقوطها بالنسبة الى باقى المدعى عليهم دون تعليق ذلك على موافقتهم .

وذلك على خلاف ما قد يوصى بة خزف حكم العبارة من المادة ٣٠٣ من قانون المرافعات السابق التى كانت تنص .

" إذا قدم طلب السقوط أحد الخصوم أستفاد منة الباقون "

وهنا لايعتد بمصلحتهم فى الإبقاء على الخصومة إذا أمكن تصور هذه المصلحة .

وقد قضت محكمة النقض

" الخصومة فيما يتعلـق بسقوطها فى القانون القديم تعتبر وحدة لا تتجزأ ولو كان موضوعها قابلا للتجزئة بطبيعته ـ وفى القانون الحالى أصبحت الخصومة قابلة للتجزئة ـ عدا

الحالة ما إذا كان الموضوع نفسه غير قابل للتجزئة فان سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستبغ سقوطها بالنسبة للباقين "

(الطعن رقم ١٠٤٤ س ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٩ س ٢٩ ص ١٩٠٦)

وفى قضاء أخر .

" إذا كان الثابت أن الطاعنة أقامت الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من مورث المطعون عليهم وأختصمت جميع ورثته ودفع مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وكذلك المطعون عليها العاشرة هذه ببطلان عقد البيع لأن البائع كان فاقد الإدراك معدوم الإرادة وقت التصرف وحكم إبتدائياً ببطلان العقد ورفض الدعوى فأستأنف .. الطاعنة هذا الحكم وقضى بإنقطاع سيراً لخصومة بوفاة المستأنف عليه مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وبعد أن أستأنفت الدعوى سيرها دفع المطعون عليهم من الرابعة حتى العاشرة بسقوط الخصومة لأن المطعون عليهم السابع والتاسع والأخيرة أعلن بعد أنقضاء سنة من تاريخ الحكم بتا نقطاع سير الخصومة ولعدم أعلان المطعون عليه السادس .ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لانه يدور حول صحة عقد البيع أو بطلانه ولا يتصور أن يكون هذا التصرف باطلاً بالنسبة لمن دفع بسقوط الخصومة من ورثة البائع لأن الحكم الإبتدائى ببطلان العقد يصبح نهائياً بالنسبة لهم طبقاً لنص المادة ١٣٨ من قانون المرافعات وان يعتبر ذات التصرف صحيحاً بالنسبة لمن لم يدفع منهم بسقوط الخصومة مع أنهم جميعاً سواء فى المركز القانونى ماداموا قد إختصموا بهذه الصفة ولا يحتمل الفصل فى الطعن على التصرف غير حل واحد لما كان ذلك فإن سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم يترتب عليه سقوطها بالنسبة للباقين "

(نقض ٤٥٢ س٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ س٢٨ ص٧٥٦)

وبالنسبة لإنقضاء الخصومة فى حالة عدم التجزئة ـ قضت محكمة النقض .

" المقرر وعلى ما جرى به قضاء النقض ان تركة المدين تشغل بمجرد الوفاة بديون وإلتزامات المتوفى بما يخول لدائنيةأستيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم مادام ان الدين قائم ـ لان التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وترتيباً على ذلك يكون دفع المطالبة الموجهة التى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة يكفى ان يبيديه البعض منهم فيستفيد منة البعض الآخر وإذا قضت محكمة الاستئناف بقبول الدفع بانقضاء الخصومة بمضى المدة بالنسبة لبعض الورثة دون أحدهم ـ الطاعن ـ الذى قضى برفض الدفع بالنسبة له وبإلزام التركة ممثلة فى شخصة بالدين فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون "

(الطعن رقم ٤٢٠ س ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩ س٣٥ ص ٨٤٨)

ب ـ بالنسبة للطعن

عملاً بنص الماده ٢١٨ مرافعات إنه فيما عدا الطعون

التى ترفـع من النيــابة العامــة لا يفيد من الطعن الامــن رفعة ولا يحتج بة الاعلى من رفع علية ـ وقد ورد بالفقرة / ١

" على أنه إذا كان الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى إلتزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها إختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه اثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته فان لم يفعل امرت المحكمة الطاعن بإختصامه فى الطعن وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب إختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم .

وقد قضت محكمة النقض

" صدور الحكم فى موضوع غير قابل للتجزئة الطعن فية من أحد المحكوم عليهم فى الميعاد للآخرين حــق الطعن فيــه بعــد والتدخــل منضـمين للطاعـــن أوبادخالهم فى حقوقه الطاعن ليس لهم إبداء طلبات تزيد على طلبات من طعن فى الميعاد - ٢/٢١٨ مرافعات "

(الطعن رقم ١٠٢ س ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٣ص ١١٨٦)

وفى قضاء اخر .

" تنص الفقرة الثانيه من الماده ٢١٨ من قانون المرافعات فى الشق لأول منها على أنه .

" إذا كان الحكم صادر فى موضوع غير قابل للتجزئة جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم إن طعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائة منضماً إلية فى طلباته فان لم يقبل أمرت المحكمة الطاعـــن بإختصـــامه فى الطعن ..."

ومؤدى هذا قيام ذلك الحق للمحكوم علية حتى ولو كان قد سبق له ان رفع طعناً قضى ببطلانة أو بعدم قبولة مما مفاده إنه إذا كان المحكوم عليهم قد طعنوا فى الحكم بطعن واحد رفع صحيحاً من بعضهم وباطلاً من الآخرين فإن ذلك لا يؤثر فى شــكل الطعن المرفــوع صحيحاً من الأولين على أن يكون لأولئك الذين قضى بعدم قبول الطعن بالنسبة لهم ان يتدخلوا فية منضمين إلى زملائهم فى طلباتهم بحيث إذا تعدوا عن ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعنين بإختصامهم فية وذلك تغليباً من المشروع لموجبات صحة إجراءات الطعن وإكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها بإعتبار إن الغاية من الإجراءات هى وضعها فى خدمة الحق وذلك يتمكين الصحيح من الباطــل ليصححة لا تسليط الباطل على الصحيح فيبطلة فإذا ماتم إختصام باقى المحكوم عليهم أستقام شكل الطعن وإكتملت لة موجبات قبولة "

(الطعن رقم ١٠٣٩ س ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٩ ص ٤٤٣)

وقد قضى محكمة النقض

" مؤدى نص المادة ٢١٨ من قانون المرافعات وعلى ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة إنه إذا كان أحد المحكوم عليهم فى موضوع لا يقبل التجزئة قد فوت على نفسه ميعاد الطعن

أو قبل الحكم أو كان قد رفع طعناً قضى ببطلانة أو بعدم قبولة فأن ذلك لا يؤثر على شكل الطعن المرفوع صحيحاً من أحد زملائة المحكوم عليهم معة بل يكون لة أن يتدخل فى الطعن الصحيح منضماً إلى زميله فى طلباتة فإذا قد قعد ذلك وجب على محكمة الطعن أن تأمر بإختصامة فية تغليباً من المشروع لموجبات صحة إجراءات الطعن على أسباب بطلانة بإعتبار أن الغاية من الإجراءات هى وضعها فى خدمة الحق ويكون ذلك بتمكين الصحيح من الباطل ليصححه لا تسليط الباطل على الصحيح ليبطله " .

(الطعن رقم ١٣٠٩ س ق جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ س٥٣ص٥٨٨)

وفى قضاء أخـر .

" فى غير حالات التضامن وعدم التجزئة لا يقبل النعى على الحكم بالنسبة لما قضى بة فى دفع غير متعلق بالنظام العام لم يتمسك به الطاعن أمام محكمة الموضوع وإنما تمسك به خصم غيره "

(الطعن رقم ١١٨٠س ٢٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

بالنسبة لبطلان صحيفة الطعن هو بطلان نسبى فقد قضت محكمة النقض

" بطلان إعلان صحيفة الطعن هو بطلان نسبى غير متعلق بالنظام العام ولا يملك التمسك بة غير من شرع لمصلحته ولو كان غير قابل للتجزئة "

(طعن رقم ٥٧٩ س٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ص٢١٧)

بالنسبة للدفع بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن لعدم إعلان صحيفة الإستئناف خلال ثلاثة أشهر لا يقبل الا ممن لم يتم إعلانية خلال الثلاثة شهور ولا يجوز لغيره أن يتمسك به غير أنه إذا تمسك به من لم يعلن إستفاد منة باقى المستأنف عليهم إذا كان موضوع الإستئناف لا يقبل التجزئة .

وقد قضت محكمة النقض

" إعلان الإستئناف إجراء لازم لإنعقاد الخصومة بين طرفيها والحكم الصادر ضد من لم يعلن بالصحيفة حكم باطل "

(طعن رقم ٧٦١س ٤٠ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

وفى قضاء آخر

" إعتبار الإستئناف كأن لم يكن لإعلان صحيفتة بعد الميعاد المحدد بالمادتين ٧٠ ، ٢٣٠ مرافعات بإستبعاد هذا الجزاء من نص المادة ٢٣٠ مرافعات لا يعنى عدم أعماله "

(الطعن رقم ٧٢٧ س٤٥ جلسة ١٩٨٠/٢/٥)

وفى قضاء آخر

" الدفع بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن لعدم إعلان أحد لمستأنف عليهم في الميعاد دفع غير متعلق بالنظام العام فلايجوز لغير من تأخر إعلانية التمسك ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة أو كانت هناك فائدة تعود على هذا الغير من إجابة الدفع - لما كان ذلك وكان الواقع إن المطعون ضده الخامس دفع بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن لعدم إعلانية بصحيفة الإستئناف خلال الميعاد القانونى فأنه لا يقبل من الطاعنة النعى على الحكم المطعون فيه لعدم إجابته إلى دفع لاصفة لها أصلاً فى إبدائه لأن من لا يجوز له إبداء دفع يتعلق بغيره لا يجوز

بالتالى الطعن على الحكم الذى يقضى بهذا الدفع "

(الطعن رقم ٦٦٢س٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٩ س٣٣ص١٠٩٠)

يترتب على القضاء ببطلان إعلان الطاعة أحد الورثة بالنموذج رقم ٨ تركات الخاص بتقدير عناصر التركة إنفتاح الميعاد وقبول طعنه أمام لجنة الطعن مما يفيد منة باقى الطاعنين أن موضوع الطعن هو نزاع فى عناصر التركة غير قابل للتجزئة .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى ما هو أكثر من ذلك ويتناقض فى نفس الوقت مع المبدأ الذى قررته محكمة النقض فى حكمها الآتى :

" مؤدى نص اماده ٧٠ من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانــون رقــم ١٩٦٩/٧٥ والماده ٢٤٠ منة وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة إنة إذا لم يتم تكليف المســتأنف عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم صحيفة الإستئناف إلى قلم الكتاب فإن الإستئناف يعتبر كأن لم يكن بقوة القانون ويجب عند تعدد المستأنف عليهم ان يتم إعلانهم بالطعن خلال هذا الميعاد وإنة لا يعفى المستأنف من إلتزامه بذلك بالنسبة إليهم جميعاً ما تقضى به المادة ٢١٨ من قانون المرافعات فى فقرتها الثانية من وجوب إختصام باقى الخصوم ولو بعد فوات الميعاد - الطعن بالنسبة إليهم فى حالة رفع الطعن فى الميعاد على أحد المحكوم لهم فى موضوع غير قابل للتجزئة ذلك إن نص هذه المادة إنما ينصب على ميعاد الطعن فيمده لمن فوتة ولاشأن له بإجــراءات ومراحـــل الطعـــن الآخرى ومنها إجراءات التكليف بالحضور ومن ثم فلا ينطبق حكم المادة المذكورة على الحالة التى يرفع فيها الإستئناف على جميع المحكوم لهم فى الميعاد لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون عليه الأول المتنازل له عن الإيجار لم يكلف بالحضور تكليفاً صحيحاً خلال الثلاثة أشهر التالية لإيداع صحيفة الإستئناف بقلم ذاتة وتمسك بتوقيع الجزاء المقرر قانونياً وهو إعتبــار . الإســتئناف كأن لم يكن وكان الواقع فى الدعوى أن الخصومة فى الكتاب تدور حول قيام المستأجر الأصلي المطعون عليه الثانى بالتنازل عن العين المؤجرة للمطعون علية الأول بغير أزن كتابى صريح من المالك - الطاعن - مما يخوله الحق فى طلب إخلائها من العين عمـلاً بنص المادة ٢٣ب من القانون رقم ١٩٦٩/٥٢ وكان الموضوع على هذا النحو غير قابل للتجزئة فأن الآثر القانونى المطلوب ترتيبه فى حق المطعون عليهما يقوم على تصرف معقود بينهما إذا ثبت وجوده وجب أعمال الآثر بالنسبة إليهما معاً وإلا تخلف بالنسبة لكليهما وبالتالى فإن أعتبر الإستئناف كأن لم يكن بالنسبة لإحدهما يجعلة كذلك بالنسبة للآخر لما كان ما تقدم وكان لاتأثير على ذلك والأمر كذلك لما إذا كان الخصم الذي يتم إعلانية فى الميعاد هو المستأجر الأصلي والمتنازل له ولا لإمكانية رفع دعوى الإخلاء قبل المستأجر الأصلى وحده مع إعتبار الحكم الصار فيها حجة على المتنازل له ولذلك طالما أختصم المذكور

فيها وأصبح خصماً يجب إتخاذ إجراءات الخصومة قبلة وفقاً للأوضاع القانونية فإن الحكم المطعون فية إذا ألتزم هذا النظر وقضى بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن بالنسبة للمطعون عليها يكـون قـد أصـاب صحـيح القانون "

(نقض ١٩٧٨/٦/٢١ طعن ٦٧٨ س٤٤ق)

(مشـار إليـه - الطـعن بالإسـتئناف والتماس إعادة النـظر للمـستشار أنور طلبة ص٨ ٢٣١)

نقض:

" نقض الحكم فى موضوع قابل للتجزئة بالنسبة لبعض الطاعنين يستتبع نقضة بالنسبة للباقين "

(الطعن رقم ٦٠٤ س٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٣ س٢٦ص٥٩٠)

- إذا كان الحكم المطعون فية قد صدر فى موضوع غير قابل للتجزئة وهو بطلان إجراءات البيع الجبرى فأن نقضة بالنسبة للطاعن يستتبع نقضة بالنسبة لباقى الخصوم دون حاجة لبحث الأسباب التى بنى عليها الطعن " .

(الطعن رقم ٣١٨ .٥٥س٤٨ق جلسة ١٩٨٠/١/١٠ س٣١ص١٤٣١ص١٢٥)

وبذلك يكون قد تعرضنا لعدم قابلية الخصومة للتجزئة والتضامن والتعدد الإجبارى وهى الحالات التى لا يحتمل الفصل فيها الاحلاً واحداً مهما تعدد الخصوم - ولذا فضلنا ان يكون عنوان هذا البحث تجزئة كما قررها المكتب الفنى .

وأخيراً أرجو من السيد الزميل قبول هذا الموضوع رغم ما يكتنفة من جمود فأرجو أن أكون قد الممت بة بالقدر الكاف لإزالة هذا الجمود

وإلى لقاء آخر أيها الزميل الفاضل سواء كنت بالقضاء الجالس أو الواقف ،،

لا خير فى قـوم ليسـوا بناصحين ، ولا خير فى قوم لا يحبون الناصحين .

امير المؤمنين عمر بن الخطاب

المادة ١٧٤ من قانـون المحامـاة رقم ١٧ لسـنة ١٩٨٣

بعقد مسجل ملخصه رقم ٧٠١ لسنة ١٩٩٠ شركات الجيزة تكونـت شركة تضـامن بين طلعت ورضـا ورجـــاء على محمد وراجى صبحى عبد الجواد بأسم شركة طلعت على محمد وشركاه بغرض بيع اللحوم البلدية بالقطاعى ومركزها الشارع التجارى بوراق الحضر بإمبابة برأسمال ١٠٠٠ ألف جنيها لمدة ٥ سنوات تبدأ من ١/١١/١٩٩٠ والإدارة والتوقيع للأول .

فهرس العدد

الموضـــوع | الصفحة

دار وهدان للطباعة
٦ ميدان بركة الرطلى - الظاهر
ت: ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤

مقالات في كلمات

لا يكون الصديق صديقاً ، حتى يحفظ أخاه فى ثلاث : فى نكبته ، وغيبته ، ووفاته .

الامام على بن ابى طالب

* * *

العلم خير من المال ، العلم يحرسك وأنت تحرس المال ، والعلم حاكم والمال محكوم عليه ، والمال ينقص بإنفاقه ، والعلم يزيد ويزكو بالإنفاق .

الامام على بن ابى طالب

* * *

لا تتعجب ممن هلك كيف هلك ؟ .. ولكنى أعجب ممن نجا كيف نجا .

يحيى بن ابى كثير

* * *

ما ندمت على شئ ندمى على يوم غربت شمسه نقص فيه أملى،ولم يزدد عملى .

عبد الله بن مسعود

* * *

صاحب ذوى الفضل وأهل الدين ، فالمرء منسوب ألى القرين .

ابو العتاهية

* * *

لا يؤخذ العلم من أربعة ، ويؤخذ ممن سوى ذلك ، لا يؤخذ من سفيه ، ولا من صاحب هوى ، ولا من شيخ له فضل صلاح وعبادة إذا كان لا يعرف ما يحدث بـه .

انس بن مالك

* * *

كل شئ يحتاج إلى العقل ، والعقل تجارب .

عبد الله بن مروان

* * *

متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً .

عمرو بن العاص

قالوا عن المحاماة

إن المحاماة هي مهنة الحرية والكرامة والكفاح في مختلف مناحي الحياة وفي كل زمان ومكان .

شيخ القضاة الأستاذ الجليل

مصطفى مرعي المحامي

دار وهدان للطباعة
ت: ٩٠٥٠٣٦٠ - ٩٢٣٣٤٤



المحاماة

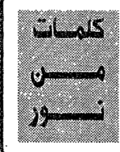
تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

العددان الثالث والرابع - مارس وابريل ١٩٩١ - السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (٩٠)

صدق الله العظيم



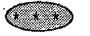
قال صلى الله عليه وسلم :

من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم :

المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده .



وقال صلى الله عليه وسلم :

إن العبد ليتكلم بالكلمة ما يتبين فيها يزل بها إلى النار أبعد مما بين المشرق والمغرب .



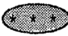
وقال صلى الله عليه وسلم :

إن العبد ليتكلم بالكلمة من رضوان الله تعالى ما يلقى لها بالاً يرفعه الله بها درجات ، وإن العبد ليتكلم من سخط الله تعالى لا يلقى لها بالاً يهوى بها فى جهنم .



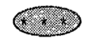
وقال صلى الله عليه وسلم :

لا تكثروا الكلام بغير ذكر الله ، فإن الكلام بغير ذكر الله تعالى قسوة للقلب ، وإن أبعد الناس من الله القلب القاسى .



وقال صلى الله عليه وسلم :

أمسك عليك لسانك ، وليسعك بيتك ، وأنك على خطيئتك .



وقال صلى الله عليه وسلم :

إذا أصبح أبن آدم فإن الأعضاء كلها تكفر اللسان تقول : أتق الله فينا ، فإنما نحن بك ، فإن أستقمت استقمنا ، وأن أعوججت اعوججنا .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

قانون الطوارىء عــار عـلى جبين مصــر

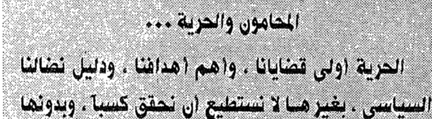
مضى على الإنسان المصرى حين من الدهر متجرعاً ويلات قانون الطوارىء البغيض ..مكتوياً بناره وعاره .. فإذ بالحرية قد غابت .. وإذ بالديمقراطية قد ضاعت .. وإذ بحقوق الإنسان المصرى قد إنتهكت .. وقامت مراكز القهر والإستبداد فأحالت جسد الإنسان المصرى إلى معتقل يحاصره خوف ويطارده فزع .. وسادت شريعة الطوارىء تكفل للمستبد عصمة .. وتقرر للظالم حصانة .. وتهب الفاسدين مناعة .. وتحمى القراصنة والطغاة من سلطان القانون .. !!

إن الذى لا ريب فيه هو أن السلطة التنفيذية هى سلطة خاضعة للقانون .. فإن خضعت لـه فقد أكـدت سـيادته ، وإن أخضعته لأهوائها فقد شوهت صورته .:. وعلى تلك السلطة أن تدرك أن قانون الطوارىء لا يستتر من ورائه إلا الضعفاء .. وأجدر بتلك السلطة أن تستمد وجودها من عدالة ترسيها .. ومن حرية الإنسان فتدعمها وتثريها .. فقد علمنا التاريـخ أن القانون والظلم لا يجتمعان .. فالقانون إرادة مجتمع تسود وتحكم .. وليست إرادة حاكم يبطش ويتحكم .. ومن ثم فإن تقنين الظلم قيد لابد أن يتحطم .. وما من ريب أن قانون الطوارىء يشكل ظلماً لابد أن يزول .. !!

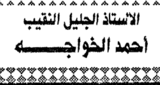
والذى لا ريب فيه كذلك أن السلطة التشريعية ، وهى تمارس سلطاتها - ليست فرداً يباشر حقوقاً خاصة ، وليست رجل إدارة يمارس سلطة إدارية ، وإنما هى إرادة شعب تجمعت فى إرادة ممثليه من خلال إنتخاب حـر نزيـه ، وأصبح أعضاؤها وكلاء عن الشعب فيلتزمون بما يلتزم به الوكيـل ، فإن تجـاوز الأخيـر حـدود وكالته كان حقاً للموكل أن يعزله ...

إن قانون الطوارىء عار على جبين مصر ، ولنحرص جميعاً على أن نورث أبناءنا وأحفادنا مصر الحرية ، ومصر النقاء ، ومصر العطاء ، فقد أفلح من زكاها ، وخاب من دساها وأرداها .. !!

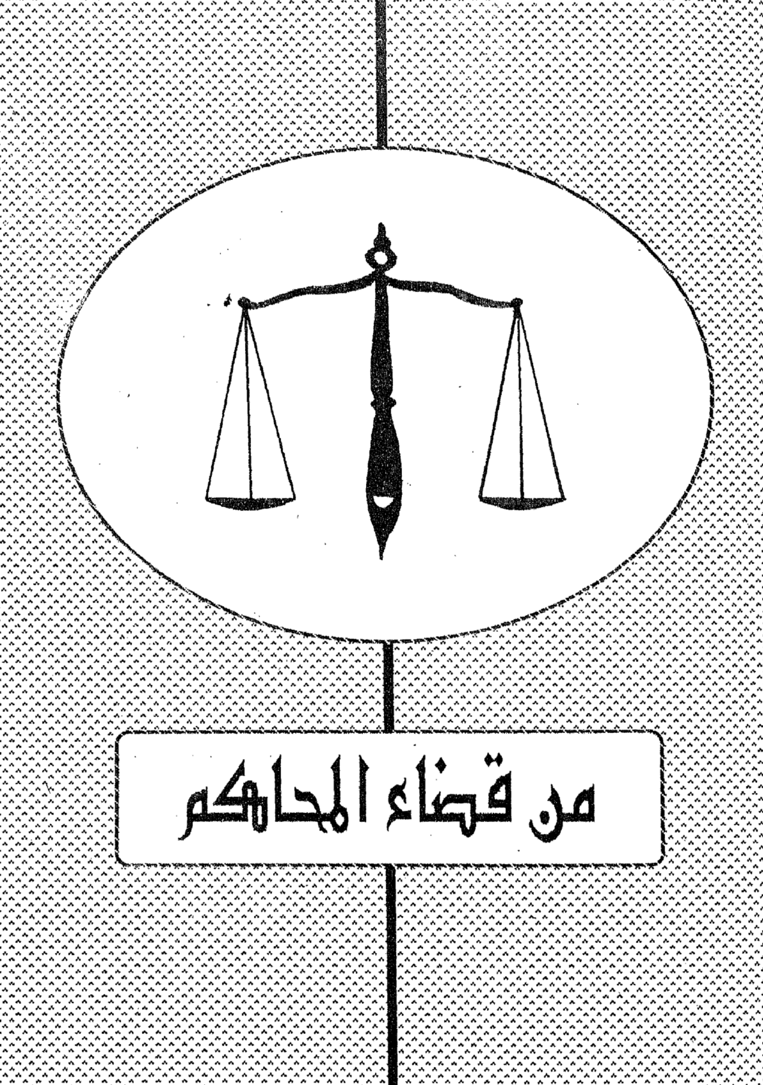
عصمت الهوارى
المحامى
وكيل النقابة وسكرتير التحرير

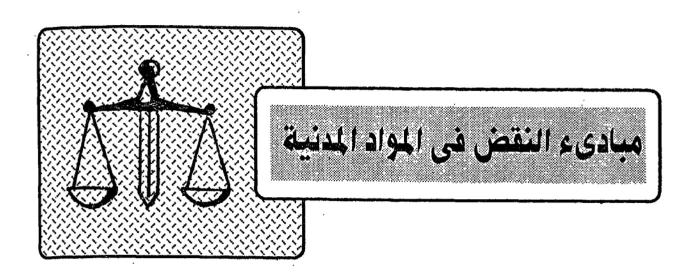

المحامون والحرية ...

الحرية أولى قضايانا ، وأهم أهدافنا ، ودليل نضالنا السياسى . بغيرها لا نستطيع أن نحقق كسباً ، وبدونها لا تقوم المحاماة .


الأستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجه


من قضاء المحاكم



(١)

جلسة ١٩٨٩/١/٥

(١) مسـئولية "المسـئولية التقصـيرية : المسئولية الشيئية "

مسئولية حارس الأشياء . م ١٧٨ مدنى . مناطها .

(٢) مسئولية . مرافق عامة .

مسئولية وحدات الحكم المحلى عن حراسة شبكات الإنارة العامة فى المدن والقرى . أساسها .

(٣) دعوى " سبب الدعوى " تعويض . مسئولية . محكمة الموضوع .

محكمة الموضوع . إلتزامها بتحديد الأساس القانونى الصحيح للمسئولية فى دعوى التعويض . عدم تقيدها بإسانيد المضرور . لا يعد ذلك تغييراً للسبب فيها . دلة ذلك .

١ـ الحراسة الموجبة للمسئولية طبقاً لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ إنما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعى أو المعنوى على الشىء سيطرة فعلية فى الإستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه .

٢ـ مؤدى نص المادة الثانية من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ـ الذى يحكم واقعة الدعوى ـ بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ والمادة التاسعة عشر من اللائحة التنفيذية لهذا القانون أنه أصبح بصدور القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٩ منوطاً بوحدات الحكم المحلى تولى أعمال إنشاء وصيانة شبكات الإنارة العامة فى مختلف المدن والقرى فتكون هذه الوحدات فى مدلول حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى حارسة على هذه الشبكات بإعتبارها الجهة ذات الهيمنةوالسيطرة الفعلية عليها بما أسند إليها قانوناً مهام إنشائها وإستعمالها وصيانتها والرقابة على ما يتصل بإستهلاك طاقة الكهرباء ولا يسوغ إنصراف الحراسة إلى الشركة الطاعنة والتى يبين من إستقراء القرار رقم ٢٢١ لسنة ١٩٧٨ الصادر من رئيس مجلس الوزراء بتأسيسها أن الغرض من إنشائها هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين بمحافظات مصر الوسطى فلا يعتبر قيامها بهذا العمل من شأنه أن يخرج شبكات الإنارة العامة من السلطة الفعلية لوحدات الحكم المحلى وفقاً لما إستهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ـ ولائحته التنفيذية .

٣ ـ المقرر ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنه يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تتقضى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض ، وأن تنزلـه على الواقعـة المطروحـة عليها ، بإعتبار أن كل ما تولد به للمضرور من حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أضر به أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض ، مهما كانت المسئولية التى إستند إليها المضرور فى تأييد طلبه ، أو النص القانونى الذى ـ أعتمد عليه فى ذلك ، لأن الإستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ولا يعد ذلك تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها .

(الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

(١) حكم " تمثيل النيابة " . ضرائب . دعوى

حضور النيابة عند النطق بالحكم ، غير لازم . م ٢/٩١ مرافعات . ج

(٣،٢) حكم " تسبيب الحكم " . محكمة الموضوع . خبرة .

(٢) قرار لجنة الطعن الضريبى ، تأييده والإحالة إلى أسبابه وإعتباره جزءاً متمماً للحكم . لا عيب .

(٣) محكمة الموضوع ، عدم إلتزامها بإجابة طلب تعيين خبير آخر متى وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها .

١ـ لما كان حضور النيابة عند النطق بالحكم غير لازم عملاً بنص المادة ٢/٩١ من قانون المرافعات وكان الثابت من محاضر جلسات محكمة الإستئناف بأن النيابة قد مثلت أثناء نظر الإستئناف " فإن نعى النيابة على الحكم المطعون خلو دياجته جلسة النطق به مما يفيد تمثيل النيابة يكون فى غير محله .

٢ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة إنه بحسب الحكم المطعون فيه أن يؤدى قرار لجنة الطعن الودع ملف الدعوى ويجيل إلى أسباب ليكون ما يحويه هذا القرار من وقائع وأسباب ورد على دفاع الطاعنين جزءاً متمماً له ولا يعيبه إنه لم يدون تلك الأسباب ويرصدها كلهاأو بعضها ، مادامت قد أصبحت بهذه الإحالة ملحقة به .

٣ ـ المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب تعيين خبيراً متى كانت قد وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى أوراق الدعوى وعناصرها الآخرى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها .

(الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/٩)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

مسئولية " مسئولية الناقل الجوى ، معاهدات نقل ، نقل جوى " .

دعوى المسـئولية قبـل الناقـل الجـوى عن

تعويض التلف فى الأمتعة والبضائع . شرط قبولها ، توجيه المرسل إليه إلي الناقل الإحتجاج المنصوص عليه فى المادة ٢٦ من إتفاقية فارسوفيا المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاى فى المواعيد المقررة . تخلف ذلك . أثره عدم قبول الدعوى إلا فى حالة التدليس من جانب الناقل .

مفاد ما نصت عليه المادة ٢٦ من إتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاى فى ١٩٥٥/٩/٢٨ ، والتى وافقت مصر عليها بالقانونين رقمى ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ ، إنه فى حالة إكتشاف تلف فى البضاعة يجب على المرسل إليه أن يوجه إلى الناقل بمجرد ذلك إحتجاجاً فى شكل تحفظ على سند الشحن أو فى صورة محرر آخر خلال سبعة أيام على الأكثر إذا تعلق الأمر بالأمتعة وأربعة عشر يوماً إذا تعلق الأمر بالبضائع وذلك من تاريخ إستلامها ، فإذا لم يوجه الإحتجاج فى المدة المذكورة ، كانت دعواه ضد الناقل غير مقبولة إلا فى حالة التدليس من جانب الأخير .

(الطعن رقم ٣٠٣٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/٩)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/١/١٠

رسوم " الرسوم على الأسواق " :

عدم تحديد الموارد المالية والرسوم المحلية طبقاً لأحكام القانونين ٥٢ لسنة ١٩٧٥ ، ٤٢ لسنة ١٩٤٣ ، مؤداه وجوب تطبيق قرار وزير الإدارة المحلية رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٧١ بشأنها . م ١/٣ ، ١/٤ من القانونين المذكورين . (مثال بشأن الرسوم على الأسواق) .

لما كانت الفقرة الأولى من كل من المادة الثالثة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والمادة الرابعة من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧١ قد نصت على أن " يعمل بأحكام قرار وزير الإدارة المحلية رقم ٢٣١ لسنة ١٩٧١ والقرارت المكملة له بشأن الموارد المالية والرسوم المحلية وذلك حتى تحدد هذه الموارد والرسوم طبقاً للأحكام الواردة فى القانون المرافق ، وكانت الرسوم على الأسواق المرخص فى إدارتها للأفراد - موضوع النزاع المطروح - لم تحدد طبقاً لأحكام أى من هذين القانونين فإن قرار وزير الإدارة المحلية المشار إليه - والذى يفرض تلك الرسوم بواقع ٣٥ مليماً عن كل متر مربع من مساحة السوق - يكون هو الواجب التطبيق ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على عدم أحقية جهة الإدارة فى مطالبة المطعون ضده بالرسوم موضوع الدعوى تأسيساً على أن الأوراق خلت ما يدل على إتباع الإجراءات التى يستلزمها القانون لتحديد تلك الرسوم ، فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن ٢٩٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٠)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

١) حكم " تسبيب الحكم " محكمة الموضوع " سلطتها فى تقدير الدليل " تعويض سلطة محكمة الموضوع فى فهم الواقع فى الدعوى وإستخلاص ما تطمئن إليه متى كان إستخلاصها سائغاً لها تقدير أقوال الشهود . وإن تعتمد فى إستجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح أمامها حتماً ولو كان تحقيق للشرطة . مثال غرق الطفل فى حمام سباحة .

٢) حكم " تسبيب الحكم " . محكمة الموضوع " سلطتها فى تقدير الدليل " . نقض .

عدم إلتزام محكمة الموضوع بإيراد كل حجج الخصوم وتفصيلات دفاعهم والرد عليها إستقلالاً ما دام فى قيام الحقيقة التى إقتنعت بها الرد المسقط لكل حجة تخالفها . الجدل الموضوعى فى تقدير الأدلة عدم جواز إثارته أمام محكمة النقد .

٣) مسئولية " مسئولية تقصيرية " " المسئولية الشيئية " . تعويض الشىء فى حكم المادة ١٧٨ مدنى ماهيتة ما تقضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بظروفه وملابساته بأن أصبح فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . مثال . حمام السباحة من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر إلى ظروف الحادث .

٤) محكمة الموضوع " تقدير الدليل : فى مسائل الواقع : فى المسئولية " . تعويض ، مسئولية " فى المسئولية التقصيرية فى ركن الخطأ إثبات مساهمة المضرور أو الغير فى الفعل الضار وكون الضرر من فعل أيهما وحدة سلطة القاضى الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض مادام إستخلاصه سائغاً .

٥) محكمة الموضوع سلطاتها . تقدير الدليل فى المسئولية " تعويض . تقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر إستقلال محكمة الموضوع به ـ ما دام لا يوجد نص يلزم بإتباع معايير معينة فى خصومة .

١ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى وإستخلاص ما تطمئن إليه متى كان إستخلاصها سائغاً من أصل ثابت فى الأوراق ولها سلطة تقدير أقوال الشهود وكل دليل يلوح أمامها ، وأن تعتمد فى إستجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح أمامها. حتى لو إستخلصتها من تحقيق أجرته الشرطة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها وما إطمأنت إليه من المستندات المقدمة إليها ـ خلصت إلى أن إبن المطعون عليهما غرق فى حمام سباحة مملوك للشركة الطاعنة ، وإستدلت على ذلك بما أثبته المحقق فى مقدمة محضر الجنحة ... من أن مصنع الشركة هو الذى أبلغ بغرق الطفل بحمام السباحة الموجود بالنادى الخاص بالشركة داخل المدينة السكنية وإنه لم يثبت وجود حمامات آخرى أو مجارى داخل المدينة السكنية للشركة حتى يمكن التشكيك فى حدوث الغرق بحمامها وكان هذا الإستخلاص سائغاً وله أصله الثابت فى الأوراق ومن شأنه أن يؤدى إلى ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من أن الحادث وقع فى حمام السباحة المملوك للطاعنة .

٢ـ لما كانت محكمة الموضوع غير ملزمة أن تورد بالحكم كل الحجج التى يدلى بها الخصوم وتفصيلات دفاعهم وترد عليها إستقلالاً مادام فى قيام الحقيقة التى إقتنعت بها وأوردت دليلها فى تضمن الرد المسقط لكل حجة تخالفها فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

٣) الشيء في حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو ما تقضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بظروفه وملابساته بأن يصبح فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، وكان الحكم المطعون فيه قد إستخلص أن حمام السباحة الذى وقع فيه الحادث هو من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر إلى ظروف الحادث وملابساته إستناداً إلى ما قرره " أن عرضه ٢٥ م وعمقه من ٥-٦ م وإنه كان ممتلئاً فى يوم وقوع الحادث ، وثابت من أقوال .. مسئول النشاط الرياضى بأندية الشركة إن الحمام يقع فى وسط النادى ولا يمكن منع الإقتراب لرواد النادى ... ومثل هذا الحمام يعتبر شيئاً خطراً فى مثل هذه الظروف طالما إنه غير محاط بسور يمنع الدخول إليه إلا بإذن مالكه أو تعين عليه حراسة تمنع ذلك وهو الأمر الذى إنتفى ساعة وقوع الحادث .. وإن الثابت من أقوال المسئولين المذكورين .. أن الحمام بعد الساعة ٢ لا يكون به مسئول عن الإنقاذ .

٤) لما كان إثبات مساهمة المضرور أو الغير فى الفعل الضار وإن الضرر من فعل أيهما وحده من مسائل الواقع التى يقدرهـا قاضى الموضـوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض ما دام إستخلاصه سائغاً . وكان الحكم المطعون فيه قد أستخلص من الأوراق أن صغر السن لم يكن هو الذى أدى إلى الحادث وأن عدم وجود الحارس على الحمام هو الخطأ المباشر الذى أدى إلى الوفاة وكان هذا الذى إستخلصه الحكم سائغاً ويكفى لحمل قضائه فإن النعى بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

٥) متى بينت محكمة الموضوع فى حكمها عناصر الضرر الموجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر لهذا الضرر هو ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ مما يستغل به ما دام لا يوجد فى القانون نص يلزم بإتباع معايير معينة فى خصومة .

(الطعن رقم ١٧٨١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٥).

(٦)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

١) مسئولية " المساءلة عن إستعمال حق التقاضى والدفاع " حق الإلتجاء للقضاء عدم جواز الإنحراف به إبتغاء مضاره الغير مخالفة ذلك ، إساءة لإستعمال الحق تستوجب التعويض .

٢) محكمة الموضوع " تقدير الدليل " . "مسئولية " المسئولية التقصيرية : ركن الخطأ . إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر . سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع ـ ما دام هذا الإستخلاص سائغاً .

٣) مسئولية " المساءلة عن إستعمال حق التقاضى والدفاع " تعويض .

تحديد المشرع إجراءات خاصة للقضاه للتقرير بعدم صلاحيتهم وردهم وتنحيتهم المواد ١٤٦ ـ ١٦٥ مرافعات . عدم خروج ذلك عن القاعدة العامة لمساءلة المنحرف عن إستعمال حق التقاضى . حق القاضى الذى تقرر رده أن يلجأ للقضاء للحكم

له على طالب الرد بالتعويض . مثال بشأن الإنحراف فى إستعمال حق التقاضى إبتغاء مضاره المدعى يتوافر به الخطأ التقصيرى .

٤) حكم " تسبيب الحكم " . محكمة الموضوع " سلطتها فى تقدير الدليل " إثبات " الإحالة إلى التحقيق عدم إلتزام المحكمة بتعقب كل حجة للخصوم متى أقامت الحقيقة التى إستخلصتها على ما يفيهما . قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . إغفالها طلب الإحالة إلى تحقيق . جائز متى رأت من ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .

١ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الإلتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا إنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما شرع له وإستعمله إستعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى لحق الغير بسبب إساءة إستعمال هذا الحق .

٢ـ إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الإستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى .

٣ـ إذ كان المشرع قد خص القضاه بإجراءات حددها التقرير بعدم صلاحيتهم وردهم وتنحيتهم ضمنها المواد ١٤٦ ـ ١٦٥ من قانون المرافعات ، فإنه لم يخرج بذلك عن القاعدة العامة التى إستنها لمساءلة من انحرف عن إستعمال حق التقاضى على النحو السالف بيانه وهو ما أشار إليه حين نص فى المادة ١٦٥ من ذات القانون على إنه " إذا رفع القاضى دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الإختصاص زالت صلاحيته للحكم فى الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عن نظرها " مؤكداً بذلك حق القاضى الذى تقرر برده فى أن يلجأ إلى القضاء للحكم له على طالب الرد بالتعويض " لما كان ذلك وكان البين من الحكم المستأنف المؤيد لأسبابه من الحكم المطعون فيه إنه أقام قضاءه بإلزام الطاعنة بالتعويض المحكوم به على قوله أن " الثابت للمحكمة من مطالعة سائر أوراق الدعوى وعلى الأخص الحكم الصادر فى طلب الرد الرقيم والقاضى برفض طلب الرد المقدم من المدعى عليها ـ الطاعنة ـ فى الدعوى المطروحة إنه تضمن فى حيثياته أن الأسباب التى بنت عليها الطالبة الرد طلبها ليست من الأسباب الواردة بنص المادة ١٤٨ مرافعات . وتقيداً بقوة الأمر المقضى للحكم المذكور وأخذاً بما ثبت للمحكمة من باقى أوراق الدعوى فإنه يكون من الثابت لدى المحكمة أن المدعى عليها وهى تباشر حقها فى طلب رد المدعى قد إنحرفت عن السلوك المألوف للشخص العادى وإنحرفت بهذا الحق عما وضع له وإستعملته إستعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة المدعى الأمر الذى يتوافر به الخطأ التقصيرى فى حقها وتسأل معه عما أصاب المدعى من أضرار مترتبة على هذا الخطأ .. وأى ضرر أقسى وأمر على نفس القاضى أن تجعل المدعى عليها نزاهته وحتمية محل الشك من الخصوم وسمعته ومضغه فى الأفواه ..." وكان ما أستند إليه هذا الحكم فى إثبات الخطأ فى جانب الطاعنة وعلاقة السببية بينه وبين المضرور الذى

أصاب المطعون عليه سائغاً كافياً لحمل قضائه فى هذا الخصوص ويؤدى إلى ما إنتهى إليه من مساءلة الطاعنة عما أصاب المطعون عليه من جراء هذا الخطأ .

٤ ـ إذ أقامت المحكمة الحقيقة التى إستخلصتها على ما يقيمها فإنها لا تكون بعد ملزمة بمناقشة الوقائع التى نسبتها الطاعنة للمطعون عليه أو أن تتعقب كل حجة وترد عليها . إستقلالاً لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . ولا على المحكمة إذ إلتفتت عن طلب الإحالة إلى التحقيق لعدم لزومه بعد أن رأت عن ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ويكون النعى برمته مقاماً على غير أساس .

(الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٥)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

١) إثبات " اليمين "

توجيه اليمين الحاسمة . حق للخصم فى أية مرحلة تكون عليهاالدعوى .

٢) إثبات . حكم " تسبيب الحكم "

الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات . عدم إلتزام المحكمة بتسبيبها ما لم تتضمن قضاء قطعياً. وجوب إعلان منطوق هذه الأحكام والجلسة المحددة للإجراء بميعاد يومين لمن لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بها م٥ إثبات تخلف ذلك .

أثره بطلان العمل . الميعاد المشار إليه ميعاد خاص إختلافه عن الميعاد المنصوص عليه فى م ٦٦ مرافعات . مثال .

٣) إثبات " اليمين الحاسمة " . إستئناف . حكم " الأحكام غير الجائز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن مناطه أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقاً للقانون . مثال .

١ـ للخصم توجيه اليمين الحاسمة لخصمه فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى دون أن يعد ذلك تعسفاً فى توجيهها .

٢ـ لما كان المشرع قد نص فى المادة الخامسة من قانون الإثبات على " الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسبيبها مالم تتضمن قضاء قطعياً . ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلى من لم يحضر جلسة النطق به ، وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلاً . ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين " . فإن مؤدى ذلك أن ميعاد الحضور الذى تضمنه هذا النص الخاص هو الميعاد الواجب مراعاته فى خصوص إعلان التاريخ المعين لإجراء الإثبات دون الميعاد ، والآخر المنصوص عليه فى المادة ٦٦ من قانون المرافعات الواردة ضمن الباب الثانى من الكتاب الأول المتعلق برفع الدعوى وقيدها ، لما كان ذلك البين من الأوراق أن المحكمة حددت لحلف اليمين الحاسمة جلسة ١٩٨٥/٥/٦ وتم إعلان الطاعن بصيغة اليمين وبتاريخ الجلسة المحددة لحلفها وتم ذلك الإعلان بتاريخ ١٩٨٥/٥/٢ مع مأمور القسم لغلق مسكنه وقت الإعلان وأرسل له المحضر خطاباً مسجلاً فى نفس

التاريخ ، فإن إعلان الطاعن بالجلسة المحددة لحلف اليمين يكون قد تم صحيحاً وبمراعاة ميعاد الحضور الذى حدده القانون بما لا يلزم معه تحديد ميعاد آخر وإعلانه مرة ثانية ، ويكون النعى على غير أساس .

٣ ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة لا يجوز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام متى كان توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقاً للقانون ، وكان المبين من الأوراق أن اليمين الحاسمة التى وجهتها المطعون عليها للطاعن قد وجهت فى واقعة غير مخالفة للنظام العام منصبة على موضوع النزاع ومتعلقة بشخص من وجهت إليه وأن الطاعن لكل عن أدائها ، وكان الحكم المطعون فيه قد أعمل الأثر الذى يرتبه القانون على النكول وحكم على مقتضاه ، فإن الطعن عليه بالنقض غير جائز .

(الطعن رقم ٢٣٢٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٥)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/١/١٩

(١) حكم " بياناته " ." تسبيب الأحكام " .

بيانات الحكم الجوهرية . ماهيتها . إغفال المحكمة إيراد أوجه دفاع الخصوم التى لا تتصل بقضائها . لا بطلان .م١٧٨ مرافعات ـ شرط ذلك

(٢ ، ٣) قضاه ." رد القضاة ". دعوى . محكمة الموضوع " مسائل الواقع ".

(٢) طلب الرد . الأصل تقديمه قبل أن دفع أو دفاع والإ سقط الحق فيه . م ١/١٥١ مرافعات " الإستثناء . أن تكون الأسباب التى قام عليها طلبه قد حدثت بعد إبداء طالب الرد لدفاعه أو حدثت قبله وإستطاع أن يثبت إنه لم يعلم بها إلا عند تقديم الطلب . م ١/١٥٢ مرافعات . محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير توافر هذه الأسباب . شرطه .

(٣) إهابة المحكمة بالمشرع إلى معالجة نصوص مواد القانون المتصلة برد القضاة . لا يعد إفصاحاً عن عقيدة المحكمة . شرط ذلك .

(١) أوجبت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها " عرض مجمل لواقع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخصمه موجزه ودفاعهم الجوهرى " إذ إنه يتعين لإعتبار هذا البيان جوهرياً يترتب على إغفاله البطلان أن يكون الحكم قد فصل فى النزاع بوقائعه التى قدمت بصددها أوجه الدفاع والدفوع ، أما إذا إقتصر الحكم على قضاء ينصرف إلى بحث مدى توافر شروط معينة يوجها القانون فى الطلب المتداعى بشأنه فلا على المحكمة إن هى أغفلت إيراد أوجه دفاع الخصوم التى لا تتصل بقضائها طالما كان حكم مسبباً تسبيباً كافياً لتسويغ ما حكمت به .

(٢) مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من قانون المرافعات والفقرة الأولى من المادة ١٥٢ من ذات القانون أن خصومة رد القاضى ذات طبيعة خاصة يتعين فيها على طالب الرد أن يقدم طلبه قبل إبداء أى دفع أو دفاع فى الخصومة الأصلية التى يطلب رد القاضى عن نظرها

والفصل فيها . ما لم تكن الأسباب التى قام عليها طلبه قد حدثت بعد إبداء دفاعه أو حدثت قبله وإستطاع أن يثبت إنه لم يعلم بها إلا عند تقديم الطلب فإذا لم يتحقق أى من هذين الإستثنائين وجب إعمال جزاء سقوط الحق فى طلب الرد ، وتقدير توافرهما من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع يستقيها من الواقع المطروح دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(٣) ما دونه الحكم المطعون فيه بختام أسبابه من الإهابة بالمشرع إلى معالجة نصوص مواد القانون المتصلة برد القضاة لا يعد إفصاحاً عن عقيدة المحكمة سلفاً فى عدم جدية الطلب المطروح عليها طالما أن ما أشار إليه فى هذا الصدد جاء من بعد قضائها الصحيح بسقوط الحق فى طلب الرد .

(الطعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

إثبات " قواعد الإثبات " . نظام هام " المسائل الغير متعلقة بالنظام العام " .

قواعد الإثبات . عدم تعلقها بالنظام العام . مؤداه . جواز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً . رضاء المطعون عليه بحكم التحقيق وتنفيذه . إعتباره نزولاً عن حقه فى التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة . أثره جواز إثارة هذا الدفع أمام محكمة الإستئناف .

لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنها ، وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه قد إرتضى حكم الإحالة إلى التحقيق الصادر من محكمة أول وجه ونفذه بإعلان شاهده وسماعه ولم يعترض عليه حتى الحكم فى موضوع الدعوى ، فإن ذلك يعد نزولاً منه عن حقه فى التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينه ، فلا يجوز له إثارة هذا الدفع أمام محكمة الإستئناف وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانـون .

(الطعن ١٩٩٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

(١) ملكية " أسباب كسب الملكية : الارث" . إرث . تسجيل . شهر عقارى . شفعة .

إنتقال ملكية أعيان التركة من المورث إلى الوارث . عدم توقفه على شهر حق الأرث م١٣ ق تنظيم الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . علة ذلك . جزاء عدم شهر ذلك الحق . منع شهر تصرفات الوارث دون منع التصرف . إستفاد الحكم المطعون فيه فى القضاء بالشفعة إلى إكتساب الشفيع ملكية العقار المدفوع بالتقادم الطويل الذى إكتملت مدته قبل البيع . صحيح .

(٢) شفعة " النزول عن الحق فى الشفعة . محكمة الموضوع فى الشفعة .

النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة . جوازه صراحة أو ضمناً . سبيله . إتيان الشفيع بعد البيع عملاً أو إتخاذه موقفاً يكشف عنه بوضوح . إستخلاص هذا النزول من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغاً ومستمداً مما له أصل بالأوراق .

(٣) محكمة الموضوع " سلطتها فى فهم الواقع ، سلطتها فى تقدير الأدلة " . إثبات دعوى " نظر الدعوى " .

تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة والموازنة بينها . من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

١ـ لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة [١] أن مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٣ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطاً لإنتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثه ، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث وإنما تؤول هذه الحقوق من وقت وفاة المورث بإعتبار أن إنتقال أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة ، وأكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته . وكما أن البين من مدونات الحكم الإبتدائى المحال على أسبابه من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الدفع المبدى من الطاعن بعدم قبول الدعوى إستناداً إلى أن المطعون عليهما الأولين تملكا على الشيوع فى الساعة المبيعة للطاعن بالعقد المؤرخ .. بالميراث عن مورثتهما المرحومة / فاطمة فرهاد فريد التى توفيت بتاريخ .. قبل صدور هذا البيع وإنهما إكتسبا على الشيوع فى ملكية الأرض المنفوع بها بالنسبة للمساحة المبيعة للطاعن بالعقد المؤرخ ... بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية خلفاً للبائعة لهما بموجب العقد المؤرخ .. والذى إكتملت مدته قبل صدور ذلك البيع فإنه يكون قد إلتزم صحيح القانون .

٢ـ النعى فى المادة ٩٤٨ من القانون المدنى على أنه " يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية :

إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع . " يدل ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ على أن النزول من حق الأخذ بالشفعة قد يصدر صريحاً أو يكون ضمنياً بإتيان الشفيع بعد البيع عملاً أو إتخاذه موقفاً يكشف بموضوع فى دلالته عن هذا النزول . وأن إستخلاص هذا النزول من عدمه يعتبر من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع حتى كان إستخلاصاً سائغاً مستمداً مما له أصل ثابت بأوراق الدعوى .

٣ ـ محكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وفى تقدير الأدلة والموازنة بينها ولا رقابة عليها فى ذلك لمحكمة النقض ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحملة .

(الطعن رقم ٦٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) دعـوى . إلتـزام " التنفيذ بطريـق التعويض " . محكمة الموضوع .

الإعذار . ماهيتـه . الأصل أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين الإعلان بصحيفة دعوى التعويض . شرط إعتباره إعذاراً . إشتماله على تكليف المدين بالوفاء . محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير إشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من عدمه . شرطة .

(٢) إثبات . خبرة .

إغفال الخبير دعوة الخصوم أمامه . أثره .

(٣ . ٤) مسئولية " مسئولية عقدية " . محكمة الموضوع " مسائل الواقع " .

(٣) عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى . خطأ تقوم به مسئوليته .

(٤) محكمة الموقف . سلطتها فى إستخلاص ثبوت الخطأ والضرر وماهيـة السـببية بينهما . شرطـه .

١ـ إعذار المدين هو وضعه قانوناً فى حالة المتأخر فى تنفيذ إلتزامه ، والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوارق المحضرين يبين الدائن فيها إنه يطلب من المدين تنفيذ الإلتزام . ومن ثم فلا بعد إعذاراً ـ إعلانه بصحيفة دعـوى التعويض لإخـلال المدين بتنفيـذ إلتزام من إلتزاماته إلا إذا إشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الإلتزام ، وتقدير إشتمال هذه الصحيفـة على هـذا التكليـف مـن المسـائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع فى أن يأخذ بالتفسير الذى يراه مقصوداً من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض متى أقـام قضـاءه على أسـباب سـائغة تكفى لحمله .

٢ ـ مفاد نص المادة ١٤٦ من قانون الإثبات أن البطلان الذى صرح به النص إنما يترتب على إغفال الخبير دعوة الخصوم أمامه .

٣ ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى أو التأخير فى تنفيذه يعتبر فى ذاته خطأ يرتب مسئوليته .

٤ ـ إستخلاص ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاض الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه إستخلاصه غير سـائغ .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) دعوى " سقوط الخصومة " . إستئناف . نقض " نظر الطعن أمام محكمة النقض . سقوط الخصومة " .

سقوط الخصومة . ماهيته .م ١٣٤ مرافعات . مناط إعماله . إهمال المدعى أو تراخيه أو إمتناعه عن السير بالخصومة . نطاق سريانه . الخصومة أمام محكمة أول درجة ومحكمة

الإستئناف . م ٢٤٠ مرافعات . عدم سريانه على خصومة الطعن بالنقض . علة ذلك .

(٢) ملكية " حظر تملك الأجانب العقارات المبنية والأراضى الفضاء " . حظر تملك الأجنبى - شخصاً طبيعياً كان أو إعتبارياً - للعقارات المبنية أو الأراضى الفضاء فى مصر بأي سبب من أسباب كسب الملكية عدا الميراث م١ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦ ، موافقة مجلس الوزراء على تملك غير المصرى ، حالاته م ٢ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦ . أثره رفع هذا الحظر .

(٣) بيع ملكية " أسباب الملكية " بطلان .

إبرام المشترى الأجنبى لعقد إبتدائى ثم صدور قرار مجلس الوزراء بالموافقة على تملكه العقار المبيع من شأنه أن يحدث الأثر الفورى فى إباحة إكتسابه ملكية العقار موضوع العقد مما تستتبع إمكان تنفيذ البائع نقل ملكية العقار المبيع - لا يسوغ للبائع التمسك فى هذه الحالة ببطلان عقد البيع الإبتدائى - علة ذلك .

(٣) حكم " عيوب التدليل " ما لا يعد قصوراً " . نقض " سلطة محكمة النقض " .

إنتهاء الحكم إلى النتيجة الصحيحة ، لا يعيبه إشتمال الحكم على تقرير قانونى خاطىء لمحكمة النقض تصحيحه .

(٥) إستئناف " الآثر الناقل للإستئناف " .

إستئناف الحكم الصادر فى الطلب الإحتياطى . أثره إعتبار الطلب الأصلى مطروحاً على محكمة الإستئناف بقوة القانون .

(٦) دعوى " إغفال الفصل فى بعض الطلبات " . حكم " إغفال الفصل فى بعض الطلبات .

إغفال المحكمة الفصل فى طلب موضوعى . مناطه أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيه إغفالاً كلياً . أثره . بقاؤه معلقاً أمامها . قضاء المحكمة صراحة أو ضمناً برفض الطلب . وسيلة تصحيح الحكم . الطعن فيه .

(٧) دعوى "مسائل تعترض سير الخصومة : وقف الدعوى " .

الحكم بوقف السير فى الدعوى . م ١٢٩ مرافعات . جوازى للمحكمة . مناطه . خروج المسألة الأساسية عن إختصاص المحكمة المتعلقة بالنظام العام .

(٨) تزوير " إثبات التزوير " إثبات . محكمة الموضوع .

إثبات صحة الورقة أو تزويرها جوازه بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن محكمة الموضوع سلطتها فى القضاء بصحة الورقة إستناداً إليها . شرطه .

(٩) محكمة الموضوع " تقدير الدليل " . " مسائل الواقع " . دعوى . حكم " تسبيب الحكم"

محكمة الموضوع سلطتها فى فهم الواقع وتقدير الأدلة . شرطه . أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحملة . عدم إلتزامها بتتبع أقوال وحجج الخصوم والرد عليها إستقلالاً .

(الطعنان رقما ٣١١ لسنة ٥٢ ق ، ٢٦٢٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦)

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) حكم " الطعن فى الحكم : ميعاد الطعن " .

بدء ميعاد الطعن . كأصل من تاريخ صدور الحكم . الإستثناء .م ٢١٣ مرافعات .

(٢) إعلان " بطلان الإعلان " . حكم " ميعاد الطعن " . بطلان " بطلان الإعلان " .

إستئناف ." ميعاد الإستئناف " .

بطلان إعلان الحكم الإبتدائى إلى المحكوم عليه ، أثره . عدم إنفتاح ميعاد الطعن عليه بالإستئناف .

(٣) دعوى " نظر الدعوى " . محكمة الموضوع . " مسائل الواقع " .

محكمة الموضوع سلطتها فى التحقق من حضور الخصوم الجلسات وغيابهم وحصول إعلانهم ونفى ذلك . شرطه .

(٤) نظام عام " المسائل المتعلقة بالنظام العام " . نقض " أسباب الطعن : السبب المتعلق بالنظام العام ". محكمة الموضوع .

السبب المتعلق بالنظام العام . جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . شرطه . ألا يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع .

(٥) إثبات ، تزوير " التزوير فى الأوراق العرفية " .

رد وبطلان الورقة المقدمة فى الدعوى . لا يعنى بطلان التصرف ذاته وإنما بطلان الورقة المثبته له ، جواز إثبات التصرف بدليل آخر ، قبول .

(٦) حكم " عيوب التدليل : ما يعد قصوراً " .

إغفال حكم الرد على دفاع جوهرى ، قصور . " مثال " .

١ـ النص فى المادة ٢١٣ من قانون المرافعات يدل على أن القانون جعل مواعيد الطعن فى الأحكام من تاريخ النطق بها كأصل عام ، إلا إنه إستثنى من هذا الأصل الأحكام التى لا تعتبر حضورية والأحكام التى افترض المشرع فيها عدم علم المحكوم عليه بالخصومة وما أتخذ فيها من إجراءات فجعل مواعيد الطعن فيها من تاريخ إعلان الحكم .

٢ـ يشترط فى إعلان الحكم الذى يبدأ به ميعاد الطعن أن يكون إعلاناً صحيحاً مطابقاً للقواعد الخاصة بإعلان أوراق المحضرين وتسليمها . ولهذا فإذا وقع إعلان الحكم الإبتدائى باطلاً فلا ينفتح به ميعاد الطعن عليه بطريق الإستئناف .

٣ ـ لما كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الإستئناف لرفعه بعد الميعاد وبقبوله شكلاً على أن المطعون ضدها الأولى لم تحضر الجلسات أمام محكمة أول درجة وإنها لم تكن المقصودة بالحضور فى جلسة ١٩٧٦/١٠/٢٧ التى ورد إسمها فى محضرها على سبيل الخطأ المادى . إذ المقصودة بحضور الجلسة هى سميتها المطعون ضدها الرابعة وإستدل

الحكم على ذلك بإقرار الطاعن بعدم حضور المطعون ضدها الأولى فى ورقة إعلانها لجلسة ١٩٧٦/١٢/١٥ ، كما أطرح الحكم ورقة إعلانها بالحكم المؤرخة ١٩٧٧/١/١٨ التى أستند إليها الطاعن بتقريره أن المحضر إذ أثبت فيها إعلان جميع المحكوم عليهم فى موطن مورثهم فى مواجهة شقيقهم المطعون ضده الثانى فيكون المقصود بهذا الإعلان أشقاء الطاعن وخدهم دون زوجة أبيهم المطعون ضدها الأولى ، وخلص الحكم من ذلك إلى عدم حصول إعلان الأخيرة بالحكم الإبتدائى . متى كان ذلك وكان التحقق من حضور الخصوم الجلسات وغيابهم وحصول إعلانهم ونفى ذلك من الأمور الواقعية التى تدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متي أستندت فى قولها إلى إعتبارات سائغة ، وكان إستخلاص الحكم المطعون فيه لما قرره من عدم حضور المطعون ضدها الأولى الجلسات أمام محكمة أول درجة وعدم إعلانها بالحكم الإبتدائى سائغاً ويرتد إلى أصل ثابت بالأوراق فمن ثم فإن النعى عليه بهذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى سلطة محكمة الموضوع فى فهم الواقع فى الدعوى مما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

٤ ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة إنه يشترط لإثارة المسألة المتعلقة بالنظام العام لأول مرة فى الطعن توافر جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها لدى محكمة الموضوع .

٥ ـ مفاد نص المادة ٤٤ من قانون الإثبات ـ وهى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن الحكم برد وبطلان الورقة المقدمة سنداً فى الدعوى لا يعنى بطلان التصرف ذاته ، وإنما بطلان الورقة المثبته له فحسب ولا ينال من التصرف أو يمنع من إثباته بأى دليل آخر وقبوله قانوناً ، فإذا ما ثبت للمحكمة صحة الإدعاء بالتزوير وفساد الدليل على إسناد التصرف إلى الصادر منـه ، فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا التصرف غير صحيح .

٦ـ إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك فى دفاعه أمام محكمة الإستئناف بصدور إقرار كتابى من المطعون ضدها الأولى يحمل توقيعها ببصمة ختمها يفيد صحة التصرف الصادر له بالبيع محل النزاع من مورثها وقدم إلى المحكمة هذا الإقرار تأييداً لدفاعه وكان قضاء الحكم الصادر من محكمة الإستئناف بتاريخ ٥ من يناير سنة ١٩٨٤ برد وبطلان عقد البيع محل النزاع لا يتعدى الورقة المثبته للتصرف دون التصرف ذاته ولا يمنع الطاعن من إثباته إرتكاناً إلى الإقرار الكتابى الآنف الذكر المنسوب إلى المطعون ضدها الأولى لما له من حجية قبلها ما لم تنكره صراحة طبقاً لنص المادة ١٤ من قانون الإثبات ، فمن ثم يعتبر دفاعه فى هذا الخصوص جوهرياً ، وإذ أمسك الحكم المطعون فيه عن الرد عليه وأعرض عما قدمه الطاعن من مستند تأييداً له فإنه قد عاره القصور .

(الطعن رقم ٢٢٥٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦)

(١٤)

جلسة ١٩٨٩/١/٣٠

(١ ، ٢) مسئولية " مسئولية الناقل الجوى ". معاهدات . نقل " نقل جوى "

(١) مسئولية الناقل الجوى ، لا تنقضى ولا تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ، دفع هذه المسئولية . شرطة .إثبات الناقل وتابعية إتخاذهم التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو إنه كان من المستحيل عليهم إتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة . التسليم لمخازن الجمارك لا ينهى مسئولية الناقل المادتين ١٨ ، ٢٠ من إتفاقية فارسوفيا المعدلة ببروتوكول لاهاى والتى وافقت مصر عليها ، علة ذلك .

(٢) إيداع رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك ، لا يعفى الناقل من مسئوليته عن فقدها أو تلفها داخل تلك المخازن ولا يعتبر بذاته من قبيل القوة القاهرة .علة ذلك . خلو الأوراق مما يدل على إخطار الطاعنة (الناقلة) المرسل إليه بمجرد وصول البضاعة وعند إيداعها بالمخازن . يعد خطأ تسبب فى بقاء الرسالة بمخازن الجمارك فترة طويلة مما عرضها للفقد ، مؤدى ذلك فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذى من شأنه إعفاء الناقلة من مسئوليتها .

(١) النص فى المادة ١٨ من إتفاقية فارسوفيا الدولية المعدلة ببروتوكول لاهاى فى ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والتى وافقت مصر عليها بالقانونين ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ على أن " يكون الناقل مسئولاً عن الضرر الذى يقع فى حالة تحطيم أو ضياع أو تلف أمتعة مسجلة أو بضائع ، إذا كانت الحادثة التى تولد منها الضرر قد وقعت خلال النقل الجوى " وأن النقل الجوى وفقاً لفحوى الشطرة السابقة يتضمن المدة التى تكون فيها الأمتعة أو البضائع فى حراسة الناقل ، سواء كان ذلك فى مطار أو على متن طائرة أو فى أى مكان آخر عند الهبوط خارج المطار " وفى المادة ٢٠ على أن " لا يكون الناقل مسئولاً إذا أثبت إنه وتابعين قد إتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو كان من المستحيل عليهم إتخاذها ، يدل على أن مسئولية الناقل الجوى لا تنقضى ولا تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ولا ترتفع مسئوليته هذه إلا إذا أثبت إنه وتابعيه قد إتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو إنه كان من المستحيل عليهم إتخاذها أو قام به أو لديه سبب أخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة ، ذلك أن المبين من مطالعة أحكام هذه الإتفاقية فى ضوء الأعمال التحضيرية لها سواء فى مشروع باريس سنة ١٩٢٥ أو فى لجنة الخبراء سنة ١٩٢٧ والمشروع النهائى وما دار فى لجنة الصياغة ، أن مسئولية الناقل الجوى من نوع خاص لها أحكامها المتميزة تقررت للتوفيق بين مصالح متعارضة مصالح شركات الطيران ومصالح الشاحنين ، مسئولية عمادها إلتزام الناقل بكفالة سلامة الشىء المنقول والمحافظة عليه أثناء فترة النقل الجوى حتى يتم تسليمها إلى المرسل إليه أو نائبه ، وبإعتبار إنها تظل فى حراسته بالمعنى القانونى فى حكم المادة ١٨ سالفة البيان أى تحت سيطرته الفعلية وقدرته على التصرف فيها أو فى شأنها طوال فترة هذا النقل التى تشمل فترة وجود بضاعة داخل المخازن الجمركية حتى لو توقف عن ممارسة سيطرته المادية عليها أو لم يمارسها هو بشخصه طالما بقيت له

السيطرة القانونية ومن ثم فإن مسئوليته عنها لا تنتهى بتسليمها إلى السلطات الجمركية وإيداعها مخازنها أيا كان مديرها أو المشرف عليها إذ لا تعتبر مصلحة الجمارك نائبة عن المرسل إليه فى إستلام البضاعة وإنما تتسلمها بناء على الحق المخول لها بالقانون إبتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها هى إستيفاء الرسوم المستحقة عليها ولذلك لا ينقضى عقد النقل الجوى بهذا التسليم ولا تبرأ به ذمة الناقل قبل المرسل إليه الذى لا يستطيع إستلام البضاعة إلا بأمر وإذن الناقل الجوى صاحب السيطرة القانونية عليها ، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من مشروع باريس سنة ١٩٢٥ من تحديد لفترة النقل الجوى بإنها تبدأ بدخول الركاب أو الأمتعة أو البضائع مطار القيام وحتى لحظة الخروج من مطار الوصول ، وقد استقر ذلك التحديد فى لجنة الخبراء وتضمنته المادة الخامسة من المشروع النهائى للإتفاقية ، وما إنتهى إليه كل من القضاء الفرنسى والبلجيكى من أن فترة النقل لا تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه فى مطار الوصول وتدخل فترة وجود البضاعة داخل المنطقة الجمركية فى نطاق مسئولية الناقل طبقاً للمادة ٢/١٨ من الإتفاقية ، وهو ما أستقر عليه القضاء الأمريكى فى ظل هذه الإتفاقية التى وافقت الولايات المتحدة الأمريكية فى ١٩٣٤/٧/٣١ وعلى بروتوكول لاهاى سنة ١٩٥٥ فى ١٩٥٦/٦/٢٨ حيث خلص هذا القضاء إلى أن الناقل يظل مسئولاً عن البضاعة التى تعهد بنقلها أثناء فترة النقل إلى أن يتم تسليمها فى مطار الوصول إلى المرسل إليه حتى توقف عن ممارسة السيطرة المادية عليها .

(٢) لما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعنة وإن كانت قد أودعت رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك إلا أن ذلك لا يعفيها من مسئوليتها عن فقدها داخل تلك المخازن بحسبان أنها مازالت فى حراستها القانونية ، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ أنه يشترط لإعتبار الحادث فترة قاصرة عدم إمكان توقعه وإستحالة دفعه ، وكان توقع فقد البضاعة وتلفها كلها أو بعضها داخل المخازن الجمركية أمراً متوقعاً ومألوفاً ومن ثم فإنه لا يعتبر بذاته من قبيل القوة القاهرة ولا يعفى الطاعنة من مسئوليتها عن فقد البضاعة كما إنه يشترط فى فعل الغير كسبب للإعفاء من مسئولية الناقل أن يكون هو السبب الوحيد للحادث ، وما إذا كانت الأوراق قد خلت مما يدل على إخطار الطاعنة المرسل إليه بمجرد وصول البضاعة عند إيداعها مخازن الجمارك فى ١٩٧٦/٢/٢٤ مخالفة بذلك حكم المادة ٢/١٣ من الإتفاقية المذكورة وحتى تاريخ إصدارها إذن تسليم البضاعة إلى المرسل إليه أى بعد أكثر من أربعة شهور وهو ما يعد خطأ منها تسبب فى بقاء الرسالة بمخازن الجمرك تلك الفترة الطويلة مما عرضها للفقد فإن فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذى من شأنه إعفاء الطاعنة من مسئوليتها .

(الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣٠)

نقابـــة المحامـين
أمانـة الصندوق

توجـه نظـر السادة الأساتذة الزملاء المحامين للمبادرة إلى سداد الإشتراك المســتحق إعمـالاً لنص المادتين ١٦٩ ، ١٧٠ من قانـون المحامــاة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ .

أمين صندوق نقابة المحامين
أحمد عـودة
عضو مجلس نقابة المحامين


أبحاث

جرائم الإعتداء على الحق فى السمعة والشرف والإعتبار
(الجزء الأول : جرائم القذف والسب)

للسيد الأستاذ
أحمد جمعه شحاتة
المحامى بالنقض

ـ لقد شهدت السنوات القليلة الماضية تزايداً ملحوظاً فى عدد دعاوى المسئولية عن الاضرار التى تسببها الاعتداءات على السمعة او الشرف او الاعتبار .

ـ واهتم تقنين العقوبات المصرى بحماية الحق فى السمعة والشرف والاعتبار فنص على تجريم القذف والسب والاهانه والعيب والبلاغ الكاذب . وافشاء الاسرار . ومن المتفق عليه باجماع الفقه والقضاء المصرى ان الشارع قصد من تجريم هذه الجرائم حماية الكيان الأدبى والاجتماعى للشخصية الانسانية . وحماية المكانة التى يحتلها شخص فى فى المجتمع وما يتفرع عنها من حق فى ان يعامل على النحو الذى يتفق مع هذه المكانة . أى ان الشارع المصرى قد رجح المدلول الموضوعى للشرف والاعتبار .

ـ ولقد نص الشارع المصرى فى الباب السابع من الكتاب الثالث من قانون العقوبات (المواد من ٣٠٢ ـ ٣١٠) على تجريم هذه الأفعال . ولقد جمع بينهما فى الباب السابع لاتحاد هذه الجرائم فى المحل الذى يقع عليه الاعتداء وهو الحق فى السمعة والشرف والاعتبار .

ـ وسنقتصر فى دراستنا على جرائم القذف والسب والبلاغ الكاذب وافشاء الاسرار . وتقسم على ثلاثة أجزاء ـ الجزء الاول جرائم القذف والسب . والجزء الثانى جرائم البلاغ الكاذب وافشاء الاسرار والجزء الثالث القواعد الاجرائية الخاصة بهذه الجرائم .

وسنمهد لهذه الدراسة بفكرة عن مفهوم الحق فى السمعة والشرف والاعتبار وتأثير ذلك على الحماية الجنائية لهذا الحق .

تمهيد :ماهية السمعة والشرف والاعتبار .

ـ السمعة لغة ما يذكر الشخص به عند الناس ـ أى ما يشاع او يسمع ويتكلم به عنه عندهم من حسن او قبيح .

وجاءت هذه الكلمة فى الاحاديث الشريفة تعبيرا عن معنى الشتم واذاعة العيوب عن الغير واسماع القبيح عنه وفضحه عند الناس كقوله عليه الصلاة والسلام " من سمع بعيب ، سمع الله بـه " .

ـ ولقد كفلت الشريعة الاسلامية حرمة سمعة الانسان . اذ حرمت القذف والسب ونهت عن الجهـر والسخـرية والتنابذ بالألقـاب . وأمرت بأن يكون أسلوب المجادلة مع المخالفين فى العقيدة عفيفاً كريماً ، لا يصل الى العنف والتجريح او الشقاق والسباب وقد وضعت فى سبيل حماية كرامة الانسان وصون سمعته من الجـزاءات الدنيويـة والأخروية ما يتناسب مع الأهمية الاجتماعية والفردية البالغة لمثل هذه القيم الأدبية الأساسية .

ـ والسمعة قيمة مركبة . تتعدد عناصرها بتعدد أوجــه جدارة الشــخص بالاحتــرام . وترتهن السمعة غالباً بعديد من الصفات التى تحدد الامكانيات التى تؤهل صاحبها للتمتع بهذا الاحترام . والجامع بين هذه الصفات كلها انها تحدد أهلية أداء الشخص للوظائف او الواجبات المناط به تأديتها فى المجتمع .

ـ ويمكن التمييز بين مجموعتين من هذه الصفات . تضم احداهما كافة الصفات الفطرية التى تنبع عن الشرف او الكرامة الآدمية ، والتى تحدد صلاحية الفرد لأداء واجباته العامة كانسان وتتضمن المجموعة الثانية كافة الصفات المكتسبة التى ترتبط بالاعتبار الاجتماعى او المنزلة الاجتماعية.. والتى تحدد صلاحية الشخص لاداء واجباته الخاصة التى تفرضها عليه علاقاته بالاخرين . ويطلق على مكونات المجموعة الأولى (الشرف) ويطلق على مكونــات المجموعــة الثانيــة (الاعتبار) .

ـ **ويقصد بالشرف** : مجموعة الميزات او المكنات التى تمثل قدراً أدنى من القيــم الأدبيــة التى يفترض توافرها بالضرورة لدى كل فرد بحكم كونه شخصاً آدميا " . فالقانون الوضعى يعترف لكل انسان من حيث هو انسان بالحق فى ان يطلب من الغير ان يحترم كرامته الادمية . فيستوى أن يكون صاحب الحق صغيراً أو كبيراً غنياً او فقيراً شريفاً أو خارجاً عن القانون .

ـ **ويتكون الشرف من عناصر عديدة** : يمثل كل واحد منها صفة من تلك الصفات العامة التى يتوقف عليها تكامل كرامة الانسان واحترامه وفقا للمجرى العــادى للأمــور مثل الأمانــة والنزاهة والشجاعة والإخلاص والصدق والاستقامة ،المحافظة على العرض والتمسك بمبادئ الاخلاق والدين . ذلك ان الانسان مهما تواضعت وظيفته الاجتماعية يفترض فيه التمتع بحد أدنى من هذه الصــفات . ذلك ان هذا الجانب يتميز بقيمته المطلقة المجردة التى لا تختلف من شخص الى آخـر .

ـ ومن هنا يبدو الفرق واضحاً بين الشرف والسمعة ـ الأول يغطى الجانب الموضوعى فقط للســمعة ولا يشــمل جانبهــا الشخصى وهو الإعتبار .

ـ **ويقصد بالإعتبار** : حصيلــة الرصيد الأدبى أو المعنوى الذى يكون الشخص قد اكتسبه تدريجيا من خلال علاقاته بغيره . اى مجموعة الميزات او المكنات التى يستمدها الفرد من منزلته التى بلغها بين جماعة من الناس ينتمى اليها كأفراد أسرته وجيرانه فى المنطقة التى يسكن بها . وبين زملاء مهنته أو جمهوره إذا كان نجماً من نجوم الأدب أو الفن أو الرياضة أو السياسة .

ـ ومن هنا يتضح اتساع نطاق الاعتبار بالمقارنة بالشرف . فكل اعتداء على شرف الشخص ينعكس أثـره بالضـرورة على اعتباره فى حين يتصور الاعتداء على اعتبار الشخص دون المساس بشرفه .

ـ **ويمكن التمييز بين انواع ثلاثة من الاعتبار ، الاعتبار الخاص ، والاعتبــار المهنى ، والاعتبــار السياسى .**

ـ ولقــد قصــدنا مــن هــذا التوضيح . لانه مما يؤســف له ان

الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا لا يتحرى الدقة اللازمة عند استعمال اصطلاحات" السمعة " " الشرف " " الاعتبار " فغالباً ما تستعمل هذه الكلمات كما لو كانت من المترادفات . ووجهة النظر فى ذلك فى عدم وجود أهمية علمية لإجراء مثل هذه التفرقة من وجهة نظر قانون المسئولية الجنائية لان قانون العقوبات لا يرتب أية آثار قانونية عليها .

ـ والشرف والاعتبار ككل له وجهتين موضوعية وشخصية ، فمن الوجهة الموضوعية هو المكانة التى يحتلها كل شخص فى المجتمع وما يتفرع عنها من حق فى ان يعامل على النحو الذى يتفق مع هذه المكانة . أى يعطى الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية .

ـ اما الشرف والاعتبار من الناحية الشخصية فيعنى شعور كل شخص بكرامته واحساسه بان يستحق من افراد المجتمع معاملة واحترام متفقين مع هذا الشعور .

ـ ويقرر الدكتور محمود نجيب حسنى فى كتابه شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٦٠٩ " ولقد رجح الشارع المصرى المدلول الموضوعى للشرف والاعتبار " .

ويستفاد ذلك من اعتباره العلانية ركنا فى جنحتى القذف والسب . والدور القانونى للعلانية انها الوسيلة الى علم الافراد بالفعل الماس بشرف المجنى عليه على نحو تهبط به مكانته الاجتماعية . كما وان الشارع لم يتطلب للعقاب على القذف والسب ارتكاب أيهما فى حضور المجنى عليه (نقض ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ رقم ٤٢١ ص ٥٨٩) . وفى ذلك الدليل على ان الشارع لم يعتد بالألم النفسى الذى ينال المجنى عليه كعلة لتجريم القذف والسب .

ـ اهلية الشرف والإعتبار . بمعنى تحديد من يصلح أن يكون مجنياً عليه بهذه الجرائم ... هل الشخص الطبيعى فقط هو صاحب الحق فى السمعة ام يمتد الحق فى السمعة الى الشخص المعنوى ايضاً . . . ؟

ـ الأصل ان يكون صاحب الحق فى السمعة شخصا طبيعيا : والسائد فى الفقه أو القضاء المصرى او الفرنسى ان الحق فى السمعة والشرف والاعتبار يثبت لكل انسان لمجرد انه انسان بقطع النظر عن ظروفه الشخصية . فلا عبرة بسنه أو جنسه أو مهنته أو جنسيته . وتطبيقاً لذلك يعترف بالحق فى الشرف والاعتبار للطفل والمجنون . اذ ان هذه الصلاحية متوافرة لهما وتتوافر هذه الصلاحية لاشد المجرمين خطورة . فعلى الرغم من أن نشاطه ضار بالمجتمع فإن صلاحيته لاداء وظيفة إجتماعية ماتزال متوافرة .

– ولكن لا يتمتع بهذا الحق الميت : لأنه لا تتوافر للميت صلاحية أداء أية وظيفة إجتماعية ومن ناحية ثانية أن الحق فى الشرف والإعتبار فرع عن الشخصية وهذه الشخصية قد إنقضت بالوفاة .

– ويرد على الأصل تحفظ . فالصلة بين المتوفى وبعض الأحياء قد تجعل المساس بذكراه متعدياً إلى المساس بشرف هؤلاء الأحياء وفى هذه الحالة يتعين العقاب حماية لشرفهم .

– ويحمى القانون شرف وإعتبار الأشخاص المعنوية أيضاً

لإنها تتمتع بالشخصية القانونية . وهو ما ينبنى عليه الإعتراف لها بالحقوق المتفرعة عن هذه الشخصية ومن بينها الحق فى الشرف والإعتبار . بالإضافة إلى ذلك فإن لها وظيفة إجتماعية قد تكون أكثر أهمية من وظيفة الشخص الطبيعى . ومن ثم يتعين أن يكفل القانون حمايتها .

ـ بل أن القانون قد مد حمايته إلى هيئات لا تتمتع بالشخصية المعنوية (المادة ١٨٤ من قانون العقوبات) التى تنص على أن : " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تزيد عن مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أهان أو سب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها مجلس الأمة و غيره من الهيئات النظامية أو الجيش أو المحاكم أو السلطات أو المصالح العامة .

– مفاد ذلك أن الشارع قد أضفى حمايته على الهيئات والتنظيمات حتى ولو كانت لا تتمتع بالشخصية القانونية . مادام النظام القانونى قد اعترف لها بوظيفة إجتماعية يقتضى أداؤها الإعتراف لها بمكانة إجتماعية معينة وقدر من الإحترام .

مثال ذلك الإعتداء على شرف مدرسة أو كلية أو متجر .

ـ وفى هذه الحالات الأخيرة وحيث أن القانون لا يعترف لهذه الهيئات بالشخصية القانونية وإنه لا يوجد ممثل قانونى لها . وإن الدعوى الجنائية الناشئة عن القذف والسب لايجوز تحريكها إلا بناء على شكوى المجنى عليه . فانه طبقا للمادة السادسة من قانون الاجراءات الجنائية تتولى النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية بصفتها تمثل المجتمع كله . وان تقدم الشكوى من اى فرد من افراد هذه الهيئه او التنظيم او اى فرد من افراد الاسرة التى وقع الاعتداء على حقها فى الشرف والاعتبار .

الجزء الاول

جرائم القذف والسب

القسم الاول : جرائم القذف :

حديث القانون : يطالعنا القانون بالنصوص الاتية :

ـ تنص المادة ١/٣٠٢ من قانون العقوبات على انه :

" يعد قاذفا كل من أسند لغيره بواسطة احدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ "

" من هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لا وجبت عقاب من اسند اليه بالعقوبات "

" المقررة لذلك قانونا او اوجبت احتقاره عند اهل وطنه "

" ومع ذلك فالطعن فى اعمال موظف عام او شخص ذى صفة نيابية عامة او مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة اذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة او الخدمة العامة وبشرط اثبات حقيقة كل فعل أسند إليه ولا يقبل من القاذف اقامة الدليل لاثبات ما قذف به إلا فى الحالة المبينة فى الفقرة السابقة "

ـ وتنص المادة ١/٣٠٣ من نفس القانون على ان :ـ

" يعاقب على القذف بالحبس مدة لاتتجاوز سنتين او بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد عن مائتى جنيه او باحدى هاتين العقوبتين فقط فاذا وقع القذف فى حق موظف عام او شخص ذى

صفة نيابية عامة او مكلف بخدمة عامة وكان ذلك بسبب اداء الوظيفة او النيابة او الخدمة العامة كانت العقوبة الحبس او غرامة لاتقل عن خمسين جنيها ولاتزيد عن خمسمائة جنيه او احدى هاتين العقوبتين فقط " .

معنى القذف لغة واصطلاحا قانونيا :ـ

ـ القذف فى اللغة هو الرمى والتوجيه ويقصد بـه اصطلاحا فى لغـة القانـون اسناد فعـل او امـر محـدد الى شـخص او أشخاص لو صح هذا الفعل لكون جريمة يسال عنها من اسندت إليه او توجب احتقاره عند اهل وطنه .

ـ والفعل المحدد او الواقعة المحددة هنا هما مناط التمييز بين القذف والسب فالاول عندما تحدد الواقعة المسندة اما الثانى فيكون عند تخلف هذا التحديد .

ـ والقذف فى جوهره توجيه معنى سئ الى شخص او اشخاص بقصد الاساءة اليهم .

المبحث الاول
أركان القذف

يفترض القذف فعل اسناد وان ينصب هذا الفعل على واقعة يشترط فيها شرطان : ان تكون محددة وان يكون من شأنها عقاب من اسندت اليه اواحتقاره . وان يكون هذا الاسناد علنيا وهذه العناصر تكون الركن المادى للقذف ويتطلب ايضا ركن معنوى يتخذ صورة القصد الجنائى .

المطلب الاول : الركن المادى :ـ

يتكون من ثلاثة عناصر هى نشاط اجرامى (فعل الاسناد) وموضوع النشاط الاجرامى . (الواقعة المحددة التى من شانها عقاب من تسند اليه او احتقاره) وصفة لهذا النشاط (ان يكون علنياً) .

(١) **والاسناد** : هو نسبة الأمر او الفعل الى شخص أو أشخاص تمهيداً لمساءلته عنه . وهو المعنى المقصـود بـه فى القـذف . حيث يتعين لقيام القذف المعاقب عليه ان يوجد تعبير متضمن نسبة أمر او فعل الى شخص بحيث لوصح هذا الإسناد الي الشخص لأصبح هذا الأخير خاضعاً لوطأة العقاب باعتبار ان الاسناد مشتمل على جريمة معاقب عليها قانون . او ان يـكون فى الإسـناد ما يوجـب احتقار الشخص عند اهل وطنه .

ـ ولا يلزم فى اسناد الفعل او الأمر على سبيل القطع واليقين وانما يكفى لتوافر الركن المادى للجريمة ان يتم الاسناد ولو بصيغة تشكيكية او بما يفيد الرواية عن الغير او الاشاعة .

ـ فقضت محكمة النقض المصرية :ـ

" بان صاحب الجريدة الذى رفعت عليه دعوى القذف لايجوز لـه ان يتمسـك بأن ما نشر من الأخبار قد وصل الى علمه من شـخص آخـر ولا محل بالتالى لاعفائه من العقاب . اذ لو جـاز لاصحاب الصحف ان ينشروا كل خبـر أيا كان مسـاس بشـرف الموظفين بحجة انهم نقلوه الى الجمهور مما يصل الى علمهم عن طريق الغير . لادى ذلك الى اباحة القذف . اذ يكفى للخلاص من الجريمة ان يسلكوا سبيل التعبير بما يفيد الرواية عن الغير او الاشاعة"

" نقض ١٩٠٨/ ٣/٢٨ مج ٩ ـ ٧٠ " .

ـ وسارت المحاكم بحق على هذا النحو وقضى بانه :

" يستوى ان تكون عبارات

القذف او السب التى اذاعها الجانى منقولة عن الغير "

" أو من انشائه هو . ذلك ان نقل الكتابة التى تتضمن جريمة ونشرها يعتبر فى حكم القانون كالنشر الجديد سواء بسواء . ولا يقبل من احد للإفلات من العقاب أن يتذرع بان تلك الكتابة انما نقلت من صحيفة أخرى اذ الواجب يقضى على كل من ينقل كتابة سبق نشرها ان يتحقق قبل اقدامه على النشر من ان تلك الكتابة لا تنطوى على اية مخالفة للقانون " .

" نقض ١٩٥٩/٣/٢٤ س ١٠ ص ٣٤٨ مجموعة الاحكام "

ـ وقضت :

" بأن مجرد الرواية ينقل الى ذهن الجمهور ولو بصفة مؤقتة او عارضة أو على سبيل الشك بقيام الإسناد واحتمال صحته وهو ما تأذى به سمعة من وجه اليه "

" نقض ١٩٥٠/١/١٦ س ١ ص ٢٥١ مجموعة الاحكام " .

ـ ويستوى ان تكون عبارات القذف واضحة الدلالة أو ذات معنى خفى مادام يتسنى الوصول اليه دون عناء او مشقة .

ـ والقاعدة العامة فى تفسير عبارات القذف والسب هو حمل الكلام على معناه الطبيعى العادى المستفاد مباشرة بغير تكلف من جملة الكلام ومجموعه الا اذا قامت قرينة توجب صرفه الى معنى آخر . وتدل على ان صاحبه قصد المعنى دون المعنى الطبيعى او العادى .

ـ مع ملاحظة ان الشخص قد يخفى المعنى المؤذى او الشعور السئ فى اللفظ البرئ والعبارة التى تبدو ساذجة او ناقصة أو غامضة أو لتقوية المعنى وأكسابه الطرفه والعمق اللازمين لتأثيره وبناء هذا التأثير فى النفوس . واما للتهرب من المسئولية او للفرضين معا .

ـ وينبغى فى هذا الصدد ان ينظر الى مجموع الكلام والى اللغة والعرف والظروف الخاصة بالجانى والمجنى عليه .

ـ ووسائل التعبير قد تكون بالقول الشفوى أو الكتابة ايا كان شكلها أو نوعها مخطوطة أو مطبوعة . وأيا كانت المادة التى فرغت فيها الكتابة . ويدخل فى نطاق الكتابة الرموز والرسوم والصور . (خاصة الرسوم الكاريكاتيرية) .

٢) وموضوع القذف : هو الواقعة التى يسندها المتهم الى المجنى عليه ويكون من ـ شأنها المساس بشرفه واعتباره . وقد أشترط القانون ان تكون هذه الواقعة محددة وان يكون من شأنها لو كانت صادقة عقاب المجنى عليه أو احتقاره عند أهل وطنه .

ـ أى يجب أن تشمل العبارات الموجهة الى المجنى عليه على فعل أو أمر محددا يمكن التدليل عليه وأثبات صحته وهو أمر ضرورى فى القذف أما الاسناد بواقعة مبهمة كوصف شخص بالغباء أو الارتشاء أو ما شاكل ذلك من صفات لا يمكن التدليل عليها فهو السب .

" نقض ١٩٧١/٥/٣١ سنه ٤٠ ق مجموعة الاحكام ص ٧٥٦ " .

ـ ويسرد الفقه والقضاء الفرنسيين الأخذ بمعيار " الصلاحية للاثبات " فاذا كانت عبارات المتهم تصلح لان يقام الدليل على صحتها أو بطلانها أى حصولها أو عدم حصولها فهى محددة .

ـ ولا يعنى اشتراط تحديد الواقعة أن يكون الاسناد قد أشتمل على كافة عناصرها وظروفها ومكانها وزمانها بل يكفى تصويرا نسبيا فى الاذهان تحديدا لواقعة بذاتها .

ـ وقاضى الموضوع هو المنوط به الفعل والقول بأن الواقعة المسنده محددة وبالتالى تكون قذفاً أو غير محدودة وبالتالى تكون سباً . ولمحكمة النقض مراقبته فيما يرتبه من النتائج القانونية لبحث الواقعة محل القذف .

" نقض جلسة ١٩٧٢/١٠/٨ القضية رقم ٨٤ نقض لم ينشر ".

ـ وموضوع القذف المشتمل لواقعة محددة يجب أن يكون أحد أمرين :ـ

اولا : واقعة لو صحت لكونت جريمة معاقبا عليها (سواء فى قانون العقوبات او القوانين التكميليه له) ويرى بعض الفقهاء ان الاسناد بواقعة تكون مخالفة أدارية لا يكون الاسناد فى القذف . ويرى البعض الآخر أن الإسناد بواقعه تستوجب العقاب التأديبى يعتبر قذفاً ذلك لان الشارع استعمل عبارة " العقوبات المقررة لذلك قانونا " وهى تتسع للعقوبات الجنائية والتأديبية . وهو مانرجحه طبقاً لقواعد التفسير الصحيح للقواعد الجنائيـة .

ـ ولا يهم ان توصف الواقعة بوصف الجناية او الجنحة أو المخالفة ذلك أن محل هذه الافعال الموصوفة تخضع للعقاب الجنائى . وهذا الرأى هو ما أخذت به محكمة النقض أخيرا .

" نقض ١٩٧٢/١٠/٨ المشار اليه آنفا"

ثانيا : واقعة لو صحت لكان من شأنها ان تؤدى الى تحقير من أسندت اليه لأن الأصل ان القانون يحمى شرف الشخص واعتباره . وينزل العقاب على من ينال من هذا الاعتبار أو الشرف . فالنيل من هاتين الصفتين يجعل الشخص محتقرا فى الوسط الذى يحيا فيه وفى الوسط الذى يتحرك فيه أو فى دائرة نشاطه الذى يمارسه .

ـ ومعنى الاحتقار يختلف من بيئة الى أخرى . فظهور شخص عار يعتبر مدعاة للاحتقار فى بلد ولكنه لا يعد كذلك فى بلد آخر .

ـ والمرجع فى القول بأن اسناد واقعة معينة من شأنها تحقير من أسندت اليه مسألة وقائع يقرها قاضى الموضوع على هدى ظروف الزمان والمكان والاحوال وهو يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض التى تبحث الواقعة لتبين مناحيها واستظهار مراميها لانزال حكم القانون عليها .

ـ ولما كان الاسناد ركنا فى هذه الجرائم فأنه من المتعين أن يتحدث عنه الحكم باعتباره ركنا فى الجريمة لا تقوم الا به . ولايكون الحكم بمنجاة من القصور الا اذا أورد هذه العبارات التى استقى منها الاسناد وأوضح دقائق من أدلة الدعوى المطروحة فى مجلس القضاء حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة تطبيق القانون على وجهه الصحيح .

" نقض ١٩٨٤/١٠/٣٠ الطعن ٢٩٣١ لسنه ٥٤ ق ".

ـ ولا يشترط فى الواقعة المحددة ان تقضى فعلا الى توقيع العقاب على المجنى عليه أو الى احتقاره فعلا وانما يكفى أن يكون من شأنها كذلك وذلك واضح من تعبير القانون بعباره " لو كانت صادقة . . . "

٣) **العلانية** : لاشك ان العلم بخلجات النفوس وخواطر العقول وتقلبات القلوب وماتطرب به من استحسان واستهجان ورضاء وغضب وحب وحقد ليس فى مقدور البشر . ولذلك لا يمكن ان يكون للقانون سلطان على الفكر أو الرأى أو الشعور أو الارادة حتى يعلنه صاحبه . فاذا اعلنه خرج عن ان يكون حديث نفس وأصبح سلوكا له أثره الخارجى وجاز ان يحاسب عليه أن كان مؤذيـا .

ـ فاعلان الفكرة أو الشعور أو الارادة هو الذى يفتح الباب للقانون لمحاسبة صاحبه لان اعلان الفكرة أو الشعور هو الذى يهيئ لها فرصة احداث اثرها فى المحيط الذى حصلت فيه .

ـ لذلك يمكن تعريف العلانية بأنها وصول المضمون النفسى أو قابلية وصوله الى مدارك الآخرين من أشخاص يصدق عليهم أنهم جمهور أفراد بدون تمييز .

ـ ويعرف الاستاذ الدكتور / رمسيس بهنام العلانية بأن معناها " ان يشاهد الفعل أحد من الناس أو يسمعه اذا كان المسمع يدل على مادة الفعل أو ان يكون من شأن الفعل بالكيفية التى وقع بها ان يراه أو يسمعه الغير ولو لم ير أو يسمع بالفعل " .

" هذا التعريف كان بصـدد معالجـة سـيادته لجريمة الفعـل الفاضح العلنى "

ـ والعلانية فى مجال القانون الجنائى قد تكون جريمة فى حد ذاتها وقد تكون ركنا فى جريمة وقد تكون عقوبة يحكم بها .

ـ وسنقتصر فى دراسة العلانية على أنها عنصر من عناصر الركن المادى فى جريمة القذف .

ـ والعلانية هى وسيلة علم أفراد المجتمع بعبارات القذف بحيث لايقوم القذف الا اذا كان الاسناد علنيا .

ـ ولقد أحال الشارع فى نص القذف الى المادة ١٧١ من قانون العقوبات لبيان الوسائل التى تتحقق عن طريقها علنية القذف وقد حددت الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة من هذا النص طرق العلانية .

ـ والعلانية فى مجال جرائم التعبير عامة . وتدخل فيها جرائم القذف والسب لها معنى قانونى يقوم على عنصرين .

١) العنصر المادى وهو السلوك المنتج لحدث نفسى من شأنه ايصال الفكرة أو الشعور أو الارادة الآثمة للجمهور .

٢) والعنصر المعنوى . وهو تعمد ايصال هذه الفكرة أو الشعور أو الارادة الى الغير . قصد الاذاعة . وحيث يتحقق اجتماع هذين العنصرين تتحقق العلانية حتما .

ـ وهذه الطرق وردت على سبيل المثال لا الحصر والدليل على ذلك ما جاء بالفقرة الاولى من نص المادة ١٧١ من قانون العقوبات عبارة " أو بأى وسيلة أخـرى من وسـائل العلانيـة " وما جاء فى نهاية الفقرة الثالثة تعبير " أو بأى طريقة أخرى "

ـ ولقد أكد الشارع ذلك فى المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٣١ الذى أعطى المادة ١٧١ من قانون العقوبات صياغتها الحالية فقد ورد أن أحد أغراضه هو " تعريف العلانية التى يقصدها القانون فى هذا الباب وفى الباب السابع من

الكتاب الثالث من قانون العقوبات بسرد أطرافها على سبيل البيان لاعلى سبيل الحصر وعلى وجه أدق وأكمل مما ورد فى القانون الحالى " .

ولقد أستقر على ذلك قضاء محكمة النقض المصريه فى أحكامها .

" نقض ٢١ مارس سنه ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونيه جـ ٤ رقم ١٨١ ص ١٦٩ " .

" نقض ٨ مايو ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٣٥٠ ص ٤٨٣ " .

" نقض ٦ يونية ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٣١٤ ص ١٠٦٨ " .

ـ والعلانية التى قررتها المادة ١٧١ عقوبات ـ علانية حكمية ـ بمعنى ان القانون يفترض تحققها بتحقق طريقة من الطرق المنصوص عليها فى نص المادة ١٧١ عقوبات ـ أى أن القانون جعل تحقيق احدى الطرق التى نص عليها فى المادة ١٧١ من قانون العقوبات قرينة على تحقيق العلانيــة .

ـ وتــكون العلانيــة فعلية . بالنسبة لما عدا تلك الطرق . إذ القانون لم يذكرها على سبيل الحصر كما سبق أن ذكرنا .

ـ ولقد نص الشارع على حالات ثلاثة للعلانية . علانية القول . وعلانية الفعل .وعلانية الكتابة ويضيف الدكتور أحمد فتحى سرور حالة رابعة هى العلانية عن طريق " التليفون " التى نصت عليها الماده ٣٠٨ مكرر من قانون العقوبات التى نصت على أن "\كل من قذف غيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها فى الماده ٣٠٣ "

ـ وقد عبر الشارع عن حالات علانيه القول بأنه " يعتبر القول أو الصياح علنيا اذا حصل الجهريه أو ترديده باحدى الوسائل الميكانيكية فى محفل عام أو فى طريق عام أو أى مكان آخر مطروق أو اذا حصل الجهريه أو ترديده بحيث يستطيع سماعه من كان فى مثل ذلك المكان او اذا أذيع بطريق اللاسلكى أو بأى طريقة أخرى " .

ـ ولقد أستعمل الشارع لفظى القول والصياح مسويا بينهما ليقرر أنه لايشترط ان يكون ما صدر من الجانى هو الفاظ ذات دلالة فى لغه من اللغات وأنما يجوز أن يكون مجرد صوت له دلالة عرفية .

ـ ويترتب على ذلك أنه لا يكفى ركن العلانيه أن تكون العبارات المتضمنه للاهانه أو القذف قيلت فى محل عمومى بل يجب ان يكون ذلك بحيث يستطيع ان يسمعها من يكون فى هذا المحل ، أما اذا قيلت بحيث لا يمكن أن يسمعها الا من ألقيت اليه فلا علانية .

" نقض ٢٧ أبريل سنه ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونيه جـ ٥ رقم ٣٩١ ص ٦٤٨ " .

ـ والمكان العام يميزه حق جمهور الناس فى ارتيادة سواء كان ذلك على وجه دائم أم فى أوقات محددة وسواء أكان ذلك بغير قيد أو شرط أم كان بقيود وشروط محدودة .

ـ ويستمد القول صفته العلانيه من طبيعه المكان الذى صدر فيه .

ـ والمكان العام أنواع ثلاثة بطبيعته وبالتخصيص وبالمصادفة .

ـ والمكان العام بطبيعته هو كل مكان يستطيع أى شخص فى أى وقت ان يدخل فيه أويمر منه . سواء كان ذلك دون قيد أم كان

نظير أجر معين أو استبقاء شرط ما . فاذا جهر المتهم بالقول أو الصياح فى مثل هذا المكان توافرت له العلانية .

حتى ولو لم يكن موجودا فيه أى شخص لانه قد ثبت للمكان صفة العمومية وهى قرينة على توافر العلانية .

ـ والمكان العام بالتخصيص هو مكان يباح للجمهور من الناس الدخول فيه خلال أوقات معلومة ويحظر ذلك فيما عدا هذه الاوقات . مثل المساجد والكنائس والمدارس . والمسارح . فاذا جهر المتهم بالقول والصياح فى مثل هذه الاوقات المحددة لدخول الجمهور فقد توافرت العلانية .

ـ والمكان العام بالمصادفة هو فى أصلة مكان خاص . ولكن يباح لجمهور الناس بارتيادة على وجـه عارض .

" نقض ٢١/٤/١٩٨٠ السـنه ٣١ ص ٥٤٥ " .

فإذا جهر المتهـم بالقـول والصياح فى وقت ارتياد الناس لهذا المكان توافرت العلانية .

ـ ويعنى المحفـل العـام . الاجتماع العام أى اجتماع عدد من الاشخاص لاترتبط بينهم صلة خاصة . ولم يكن ثمة معيار خـاص فى أختيارهـم . وانمـا جمعتهم فى مكان معين عوامل عارضة قد تتنوع مثل مناسبة دينية أو قومية أو اعتصام أو المشاركه فى عمل انقاذ . وهذا يقابل الاجتماع الخاص الذى يضم عدد من الناس ولو كان كبيرا وأنما تربط بينهم رابطه خاصة .

ـ وأعتبر الشارع أيضاً علانية القول متحققة إذا جهر المتهم بقوله أو صياحه أو ردده فى مكان خاص ولكن بحيث يستطيع ان يسمعه من كان فى مكان عام . وقضى تطبيقا لذلك بأن السب يعتبر علنيا " اذا حصل من المتهم فى بلكونه مطلة على الشارع العمومى على مسمع من المارين "

" نقض ٩ يناير سنه ١٩٥٠ مجموعه أحكام النقض س١ رقم ٧٨ ص ٢٣٥ " .

ـ وقضى كذلك :

بأن " ألفاظ السب الصادرة من المتهم وهو داخل منزله تعتبر علنية اذا سمعها من يمرون فى الشارع العمومى " .

" نقض ١٢ مايو سنه ١٩٥٢ مجموعه أحكام النقض س ٣ رقم ٣٦٤ ص ٩٢٥ " .

ـ والحالة الثالثة هى الاذاعة بطريق اللاسلكى أو بأى طريقة أخـرى .

ولا يعدو اللاسلكى أن يكون وسيلة فنية لنقل الصوت واتاحة سماعة لاشخاص يوجودن فى مكان بعيد عن المكان الذى ينطق فيه المتهم القول أو يصدر عنه الصياح فيه .

ـ ولا يشترط استطاعة سماع القول أو الصياح فى مكان عام بل يكفى ان يستطيع الاستماع اليه من يوجدون فى أماكن خاصة ويرى الشارع ان العلانية تتحقق على الرغم من ذلك بالنظر الى تعدد الاشخاص الذين يتاح لهم الاستماع الى القول .

ـ والخلاصة أنه أذا توافرت طريقه من الطرق التى نص عليها القانون فى المادة ١٧١ عقوبات . اعتبرت قرينه على توافر صفة العلانية فى الفعل قانونا .

" الطعن رقم ٢٢٤ لسنه ٤٠ ق جلسة ١١/٥/١٩٧٠ ع٢ ص ٦٩٣ مج الاحكام " " الطعن رقم ٢١٦٩ لسنه ٣٢ ق جلسة ٢٩/١/١٩٦٣ ع ١ص ٥٨ مج الاحكام "

ـ ونضيف الى الطرق التى نص عليها الشارع فى المادة ١٧١ عقوبات طريقه أخرى نص عليها

فى المادة ٣٠٨ مكرر عقوبات وهى طريقه القذف عن طريق التليفون ، ولقد سوى الشارع بهذا النص بين القذف عن طريق التليفون والقذف عن طريق احدى وسائل العلانيه التى جاءت فى عجز المادة ١٧١ ع . وأعتبر القذف عن طريق التليفون فى حكم القذف العلنى .

ـ ولقد نص الشارع فى الفقرة الرابعة من المادة ١٧١ ع على علانية الفعل والايماء وحدد ضابط العلانيه للفعل والايماء فى قوله :

" يكون الفعل أو الايماء علنيا اذا وقع فى محفل عام أو فى طريق عام أو فى أى مكان آخر مطروق أو اذا وقع بحيث يستطيع رؤيته من كان فى مثل ذلك الطريق أو المكان " .

ـ والتى تحتاج الى توسع فى الشرح لكثرة ما تثيرة من مشاكل عملية هى

علانية الكتابة :ـ

نص الشـــارع على علانيـــة الكتابة فى نصه :

. " وتعتبر الكتابة والرسوم والصور الشمسيه والرموز وغيرها من طرق التمثيل علنيه اذا وزعت بغير تمييز على عدد من الناس أو اذا عرضت بحيث يستطيع ان يراها من يكون فى الطريق العام أو أى مكان مطروق أو اذا بيعت أو عرضت للبيع فى أى مكان " .

أى ان الطرق التى حددها النص والتى يعتبرها قرينه على توافر العلنيه هى التوزيع والعرض للانظار والبيع والعرض للبيع .

ـ **ويقصد بالتوزيع** : ان يطلع على المكتوب عدد من الناس بغير تمييز . أى اطلع على مضمونه جملة أشخاص يفهم من لا شأن له بموضوعة ولا ترتبط بصاحب المكتوب صلة خاصة تبرر ان يكاشفه بمضمونه . الامر الذى يؤكد أتجاه النيه الى نشر فحوى المكتوب واذاعته .

ـ والمقصود بالاطلاع الذى يحقق معنى التوزيع هو الاطلاع على المكتوب نفسه لا العلم المستفاد من سماع فحواه .

ـ ويكفى ان يكون المكتوب قد وصل الى عدد من الناس ولو كان قليلا سواء كان ذلك عن طريق تداول نسخة واحدة او بوصول عدة صور ما دام ذلك لم يكن الا بفعل المتهم وكان نتيجة حتمية لعمله لا يتصور أنه كان يجهلها .

" نقض ٢٣ مارس سنه ١٩٤٢ مجموعه القواعد جـ٥ع ٣٦٧ " .

ـ اى يجب توافر شرطين حتى تتحقق العلانيه وهما :ـ

الأول التوزيع والثانى ان هذا التوزيع كان بغير تمييز .

ـ ولا أهمية للكيفيه التى حصل بها التوزيع سواء كان باليد أو فى مظروف مغلق أو مفتوح أو القاء المكتوب فى الطريق العام لكى يلتقطه من يمر فى هذا الطريق .

" نقض ١٩ مارس سنه ١٩٢٩ مجموعه القواعد القانونيه جـ١رقم ٣٥٩ص٤٠٦ " .

" نقض ٥ فبراير سنه ١٩٥٧ مجموعه أحكام النقض س٨ رقم ٣٧ ص ١٢٢ ".

" نقض ٢٩ فبراير سنه١٩٧١ مجموعة احكام النقض س٢٢ رقم ١٦٣ ص ٦٦٩ " .

ـ والأصـــل ان ارسال شكوى مكتوبة إلى إحدى الجهات القضائية أو الادارية المختصـة لا يعتبر من قبيـــل التوزيـــع ولا تتوافر به العلانية لان ذلك يعتبر استعمالا لحق عام دستورى وهو حق مخاطبة السلطات عن طريـق الشـــكوى او تقديـــم العرائض .

" نقض ١١ مايو سنه ١٩٦٤ مجموعه احكام النقض س١٥ع٢ ص ٣٤٣ " .

ـ إلا إنه إذا أسئ إستعمال هذه الرخصه واستخدمت كوسيله للتشهير جرى عليها حكم القانون سواء فيما يتعلق بالقذف أو السب .

ـ ولقد قضت محكمة النقض المصرية :

" متى كان الحكم المطعون قد تحدث عن ركن العلانية واستظهر الدليل على ان الطاعن قصد إذاعة ما نسبه الى المجنى عليه بما استخلصه الحكم من ان الطاعن تعمد ارسال شكواه الى عدة جهات حكومية متضمنة عبارات القذف والسب .

ـ ولما كان من المقرر أن استظهار القصد الجنائى فى جريمة القذف والسب علنا من اختصاص محكمة الموضوع تستخلصه من وقائع الدعوى وظروفها دون معقب عليها مادام موجب هذه الوقائع والظروف لا ينتفى عقلا مع هذا الاستنتاج . فان الحكم اذا استخلص على النحو المتقدم قصد التشهير علنا بالمجنى عليه يكون قد دلل على سؤ نية الطاعن وتوافر ركن العلانيه بما يسوغ الاستدلال عليه وتنحسر عنه دعوى القصور فى التسبيب " .

" نقض ١٩٨٠/٥/٢١ السنه ٣١ ص ٦٥٥ " .

ـ وقضت ايضا :

" يسأل مقدم الشكوى عن القذف اذا أعطى العلانية لشكواه دون مقتضى لذلك من اجراءات الشكوى ودون أن يكون من شأن تحقيق مصلحة مشروعة له . اذ يكون ذلك كاشفا عن اساءة استعمال حقه . وانه لم يقصد مجرد رفع الظلم الذى نزل به . وانما قصد التشهير بشخص وايذاءه فى شرفه " .

" نقض ١٧ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعه القواعد القانونيه جـ٧ رقم ١٩٩ ص ١٨٥ " .

" نقض ٩ نوفمبر سنه ١٩٧١ مجموعه احكام النقض س ٢٢ رقم ١٦٣ ص ٦٦٩ " .

ـ **والعرض للانظار** : يعنى عرض المادة التى تحمل الكتابة بحيث يستطيع ان يراها من يكون فى الطريق العام أو اى طريق او مكان مطروق .

ـ ولا يشترط العرض مكان عام بل تتوافر العلانية ولو عرضت الكتابة فى مكان خاص بحيث يمكن رؤيتها لمن يكون فى الطريق العام .

ـ **والبيع** :فى مدلولة القانونى هو نقل ملكية الشئ نظير ثمن . ويرد البيع على المادة التى تحمل الكتابة . أو ما فى حكمها . ومجرد البيع يكفى لتحقيق العلانية ولو لم يعقبه تسليم وأنه يكفى بذاته لتوافر العلانية ولو ورد على نسخة واحدة .

ـ ويجب ان يفسر البيع على أنه وسيلة علانية وهو ما يفترض حين يكون المبيع نسخة واحدة ان يكون لدى البائع نسخا أخرى وأنه على استعداد لبيعها لمن يدفع الثمن .

ـ وتطبيقا لذلك فان العلانية لا تتحقق بهذا الطريق (البيع) اذا باع المتهم من مكتبته الخاصة نسخة لا يمتلك سواها . او اذا باع المؤلف أصول كتابة لناشر .اذ لا تتوافر فى نيه أطراف البيع . تداول هذه الاصول مباشرة .

ـ ويقوم مقام البيع العرض للبيع وهو طرح الكتابة ليشتريه من يريد . ويعد عرض للبيع مجرد نشر الاعلان عن الكتابة فى الصحف او ارسال نشرة عنه بالبريد أو ذكره فى قائمة مطبوعات .

ـ ويجـــب التنويـــه الى أن ما سبق هى الطرق التى نص عليها الشارع فى عجز المادة ١٧١ عقوبات . وهى جاءت على سبيل التمثيل وليس على سبيل الحصر . وتتحقق بتوافرها (قرينة) العلانية الحكمية .

ـ ولا يمنع ذلك من أن يستخلص قاضى الموضوع توافر العلانيه (الفعليه) من طرق أخرى غير منصوص عليها فى عجز المادة ١٧١ عقوبات متى توافر عنصرى العلانيه وهما الاذاعة وثبوت قصد العلانيه او الاذاعة .

ـ كما يجب التنوية أيضا الى ان الشارع لم يشترط صدور عبارات القذف والسب فى حضور المجنى عليه . بل انه لم يشترط علمه بذلك . لان الشارع كما سبق أن ذكرنا لم يستهدف من العقاب على على القذف حماية شعور المجنى عليه من أن تجرحه عباراته وانما هدفه حماية مكانته الاجتماعية . وفى هذا قضت محكمة النقض المصرية :

" ان القانون لايوجب للعقاب على القذف والسب ان يقع أيهما فى حضرة المجنى عليه . بل ان اشتراط توافر العلانيه فى جريمتى القذف والسب العلنى فيه ما يدل بوضوح على ان الصلة التى شرع العقاب من أجلها لم تكن مواجهه شخص المجنى عليه بما يؤلمة ويتأذى به من عبارات " القذف والسب وانما هى " .

" ما يصاب به المجنى عليه من جراء سماع الكافه عنه ما يشينه فى شرفه واعتباره . "

" وهذه الصلة تتحقق بمجرد توافر العلانيه ولو لم يعلم المجنى عليه بما رمى به "

" نقض ٣٠ أكتوبر سنه ١٩٣٩ مجموعه القواعد القانونيه ج٤ رقم ٤٢١ ص ٥٨٩ " .

الركن المعنوى : القصد الجنائى :

ـ القذف جريمة عمدية فى كافة حالاته . ولقد استند القضاء على أعتبار القصد المتطلب قصدا عاما وتنصرف عناصر القصد الى جميع أركان الجريمة ، فيتعين أن يعلم المتهم بدلالة الواقعة التى يسندها الى المجنى عليه . ويتعين أن يعلم بعلانية هذا الاسناد ويتوافر لديه ارادة الإسناد وارادة العلانية .

ـ وينبنى على ذلك ان نية الأضرار بالمجنى عليه ليس من عناصر القصد الجنائى فى القذف . وتبعاً لذلك فان حسن نية المتهم بالقذف ليس من شأنه ان ينفى القصد .

ـ ولا ينفيه أيضا استفزاز المجنى عليه للجانى أو اعتذار الجانى عن العبارات التى صدرت منه .

ـ ولقد قضت محكمة النقض المصرية :ـ

" القصد الجنائى فى جرائم القذف والسب والاهانه يتحقق متى كانت الالفاظ الموجهه الى المجنى عليه شائنه بذاتها ولاحاجة فى هذه الحالة الى الأستدلال عليه بأكثر من ذلك " .

" نقض جلسه ١٩٣٢/١/٤ طعن رقم ٥٢ سنه ٢ق " .

" نقض جلسه ١٩٥٥/٥/٣٠ طعن رقم ٤١٣ سنه ٢٥ ق "

ـ وقضت ايضا :

" لا يتطلب القانون فى جريمة القذف قصداً خاصاً . بل يكتفى بتوافر القصد العام الذى يتحقق من نشر القاذف الامور المتضمنة للقذف وهو عالماً أنها لو كانت صادقه لأوجبت عقاب المقذوف أو احتقاره . ولا يؤثر فى توافر هذا القصد ان يكون القاذف حسن

النية أى معتقدا صحة مارمى به المجنى عليه من وقائع القذف ، وهذا العلم مفترض اذا كانت العبارات موضوع القذف شائعة بذاتها ومتنوعة .

" نقض جلسه ١٩٥٩/٣/٢٤ الطعن رقم ١٣٦٣ لسنه ٢٨ق س ١٠ص٣٤٨ " .

ـ وقضت ايضا :

" مانشرته الجريدة من أن شابين اقتحما على المجنى عليه ـ وهو محام – مكتبه وقذفاه بزجاجـــات الكوكاكولا وانهالا عليه ضربا بالعصى الغليظة ثم أمراه بخلع ملابسه فوقف عاريا . ثم أوثقاه من يديه ورجليه بحزام من جلد ـ مانشر من ذلك هــو بلا شك ينطوى على مساس بكرامة المجنى عليه ويحط من قدره وأعتباره فى نظر الغير ويدعو الى احتقاره من مخالطيـــه ومن يعاشرهم فى الوسط الذى ـ يعيش فيه ـ وتتوافر به جريمة القذف كما هى معروفة به فى القانون .

" الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٣١ق جلسه ١٩٦٢/١/١٦ س ١٣ ص ٤٧ " .

ـ وقضت ايضا :

" من المقرر أن مجرد تقديم شكوى فى حق شخص الى جهات الاختصاص وإسناد وقائع معينة أليه لا يعــد قذفـــاً معاقباً عليه مادام القصد منه لم يكن الا التبليغ عن هذه الوقائع لا مجرد التشهير والنيل منه " .

" الطعن ٦٤٠ لسنه ٤١ ق جلسة ١٩٧١/١١/٢٩ س٢٢ق ١٦٣ ص ٦٦٩ "

ـ وقضت ايضا :

" إن إسناد واقعة جنائية الى شخص لا يصح العقاب عليه إذا لم يكن القصد منه الا تبليغ جهات الاختصاص عن هذه الواقعة . اذ أن التبليغ عن الجرائم حق بل فرض على كل فرد " .

"جلسه ١٩٤٥/٢/٢٦ رقم ٦٠٠ سنه ١٥ ق

ـ وقضت ايضا :

" ان مجرد تقديم شكوى فى حق انسان الى جهات الاختصاص وادلاء مقدمها بأقواله أمام الغير لا يمكن اعتباره قذفاً علنياً إلا إذا كان القصد منه مجرد التشهير بالمشكو للنيل منه .

" جلسه ١٩٤٦/٦/١٧ طعن رقم ١٧٣٥ س ١٦ ق " .

" الطعن رقم ١٧٩ لسنه ٥٠ ق جلسه ١٩٨١/١١/١٨ ـ س ٣٢ ق ١٦٠ ص ٩٤٣ "

رأى الباحـث

يـرى الباحـث :ـ

أولا :ـ تعديل نص المادة ١٨٤ من قانون العقوبات بادخال جميع الكيانات التى لها شـــخصية اعتبارية ليشـــملها نص ١٨٤ بالحماية الجنائية .

ثانيا :ـ التوسع فى حماية ســمعة الهيئـات والتنظيمـات المختلفة بالحماية الجنائية .

ثالثا :ـ النص فى قانـــون الإجراءات الجنائية فى الفصل الثانى من الباب الاول على أن تكون النيابة العامة هى الممثلة القانونية لاى تجمع أو تنظيم أو هيئـــة ليسـت لها الشخصية الإعتبارية أمام المحاكم بالنسبة لجرائم الإعتداء على الحق فى السمعة والشرف والإعتبار .

(وللبحث بقية)

دراسة
فى صدد إسناد الفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب إلى المحكمة الدستورية العليا

للسيد الأستاذ
محمود رضا أبو قمر
المحامى

تمهيد وتقسيم:

أول ما يلفت النظر - هنا - إن المسألة الأساسية فى صدد إختصاص الفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب كانت وما تزال محل جدل فقهى ، وتفرقت بشأنها الرأى ، كما تباينت - فى هذا الخصوص - إتجاهات القضاء .

ومرد ذلك كله إلى إختلاف وجهات النظر فى تفسير نص المادة ٩٣ من دستور ١٩٧١ الذى يحكم فى الظاهر هذه المسألة ، وأدى هذا الخلاف إلى عدم ضبط حدوده فى الخصوص والمدى ، وأسفر ذلك عن تباين وجهات النظر ، بل وإحتدم الجدل - فى هذا الصدد - فى الآونة الآخيرة بصورة لم يسبق لها مثيل من قبل .

وإزاء هذا التباين والخلاف ، وحسماً لما قد ينشأ فى المستقبل فإننا نناقش هنا مسألة إسناد الفصل فى صحة العضوية لأعضاء مجلس الشعب إلى المحكمة الدستورية العليا ، إذ أن المسألة فى حقيقتها وجوهرها - لا تخرج عن كونها تفسيراً للنصوص الحاكمة للمسألة المعروضة ، وهو ما تختص به هذه المحكمة طبقاً للدستور ، وبإعتبار أن تفسيرها لنصوص التشريع ملزمة للكافة .

وفى ضوء ما تقدم ، تنقسم دراستنا - فى هذا الصدد -

على النحو التالى :-

أولاً: حدود المسألة المعروضة والنصوص التى تحكمها .

ثانياً: إتجاهات إنقضاء فى هذا الصدد .

ثالثاً: مناقشة مسألة إسناد الفصل فى صحة العضوية .إلى المحكمة الدستورية العليا .

وذلك على التفصيل الآتى:

أولاً:حدود المسألة المعروضة والنصوص التى تحكمها:

أورد دستور سنة ١٩٧١ - فى الفصل الثانى تحت عنوان . السلطة التشريعية لمجلس الشعب فى المادة ٩٣ [1] منه على أن :

" يختص المجلس بالفصل فى صحة عضوية أعضائه وتختص محكمة النقض بالتحقيق فى صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليه من رئيسه . ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به ، ويجب الإنقضاء من التحقيق خلال تسعين يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض .

وتعرض نتيجة التحقيق والرأى الذى إنتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل فى صحة الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس ، ولا تعتبر

العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية أعضاء المجلس .

والمستفاد من هذا النص أن دستور ١٩٧١ منح المجلس النيابى سلطة الفصل النهائى فى صحة العضوية وينحصر دور القضاء فى هذه الحالة على مجرد القيام بالتحقيق بناء على طلب المجلس النيابى ودون أن يكون للنتيجة التى ينتهى إليها تحقيق القضاء أى إلزام بالنسبة للمجلس .

إلا أن الأمر لا يؤخذ بهذه البساطة ، كما أن ثبوت العضوية لعضو المجلس ، تمر بمراحل ، ولكل مرحلة فيها ذاتية خاصة ، وتنتهى بإعلان نتيجة الإنتخابات ، بوصفها المرحلة الختامية والأخيرة وبها تثبت العضوية .

ولا خلاف فى أن مجلس الشعب - طبقاً لصريح نص الدستور - يختص بالفصل فى صحة العضوية لأعضائه بعد ثبوت العضوية ، أما فى المرحلة السابقة عليها . فإن مدارها صدور قرارات إدارية من جهات إدارية أو جهات إدارية ذات إختصاص قضائى

ولقد أورد الدستور فى المادة ١٧٢ منه على إختصاص مجلس الدولة بالفصل فى المنازعات الإدارية . وبمقتضى هذا النص أضحى مجلس الدولة صاحب الولاية العامة فى نظر المنازعات الإدارية .

وإنه ولئن كان الأصل أن مجلس الدولة يختص بنظر المنازعات السابقة على ثبوت العضوية ، إلا أنه ليس هناك معيار منضبط يبين ما هية المرحلة السابقة أو اللاحقة على ثبوت العضوية . وهو ما تباينت بشأنه إتجاهات القضاء .

وفى ضوء ما تقدم ، تبدو حدود المسألة المعروضة ، وهى حدود غير واضحة المعالم ، وتتداخل فيها الإختصاصات وتتباين فيه وجهات النظر وهو ما دفعنا إلى طرح مناقشة فكرة إسناد الفصل فى صحة العضوية إلى المحكمة الدستورية العليا . وعلى التفصيل الآتى فى موضعه .

ثانياً : إتجاهات القضاء فى هذا الصدد :

بادىء الرأى ، أن غاية ما تهدف إليه هنا ، هو تحديد إختصاص القضاء الإدارى بنظر الطعون غير المتعلقة بصحة العضوية وإختصاص مجلس الشعب بالفصل فى صحة العضوية وما يتصل به من طعون .

وبتقصى إتجاهات القضاء الإدارى - فى هذا الصدد - يبين إنه إستقر على أن القرارت الإدارية الصادرة فى شأن عملية الإنتخابات كأصل عام ويحكم تكييفها الصحيح ليست عملاً تشريعياً أو برلمانياً مما ينهض به البرلمان ، وإنما هى من الأعمال الإدارية التى تباشرها جهة الإدارة بهذه العملية أو فى الرقابة القضائية على سلامة قراراتها الصادرة فى شأنها ما يعنى مساساً بإختصاص البرلمان أو إنتقاصا لسلطانه ، وذلك أن البرلمان لا يتأثر حقيقة بشئون أعضائه ومصائرهم إلا بعد أن تثبت عضويتهم الصحيحة فيه . كما وإن الفصل فى

القرارات الإدارية الصادرة فى شأن الطعون الإنتخابية ، فى أصـــل طبيعتـــه محض إختصاص قضائى لا يفترق فى غيره من الإختصاصات القضائية ومقتضى ما تقدم إن القرارات الإدارية الصـادرة فى شـأن عملية الإنتخاب لا تنأى من الرقابة القضائية أو تنسلخ عنها إلا فى حدود ما قد يقضى به أو يفرضه نص صحيح قائم [٢].

وتفريعاً على ما تقدم ، فإن القرارت الإدارية السابقة على ثبوت العضوية البرلمانية - ومن بينها قرار وزير الداخلية بإعلان نتيجـة الإنتخابـات أســـند الإختصاص بالتعقيب عليها إلى مجلس الدولة بحكم إختصاصه الأصيل بالفصل فى المنازعات الإدارية الثابتة له بنص المادة ١٧٢ من الدستور وما قول بصريح نص البند ثامناً من المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى الطعون التى ترفع من القرارات النهائية الصـادرة من جهـــات إدارية لها إختصاص قضائى . ولا سبيل بعدئذ إلى أن يفلت هذا القرار من الرقابة القضائية أو أن ينأى به عن قاضيه الطبيعى أو إلى أن يخلط بينه وبين طعون صحة العضوية التى اختص مجلس الشعب بالفصل فيها والتى تتوجه أساساً إلى نتيجة الإنتخابات وما انطوت عليه من إعلان إرادة الناخبين وأن أتبسطت أحياناً وبطريق التبعية على ما يعاق من ذلك أو يسـبقه من الإجراءات التى لا غنى عنها فى التمهيد ليوم الإنتخاب ومقتضياته .

ولقد إنتهت المحكمة الإدارية العليا [٣] حديثاً أن الإختصاص المعقود لمجلس الشعب منوط بتقديم طعن فى صحة عضوية أحد أعضائه أو طعن بابطال إنتخابه ، ولا يكون الطعن كذلك إلا إذا كان ينص أساساً على بطلان عملية الإنتخاب ذاتها ، أى ما يتعلق مباشرة بارادة الناخبين والتعبير عنها ، بحسبان أن كل ما يتعلق بالإرادة الشعبية فى عملية الإنتخاب يتعين أن يترك الفصل فيه للمجلس الشعبى الممثل لهذه الإرادة ، وذلك تطبيقاً لمقتضيات مبدأ الفصل بين الســـلطات . أما حيــث ما يتعلق الطعن بقرار صدر عن جهة الإدارة فى مرحلة من مراحل العملية الإنتخابية أو بعد إنتهائها ، تعبر فيه عن إرادتها كسلطة إدارية أو سلطة عامة ، وهى بصدد الإشراف على العملية الإنتخابية أو إعلان نتيجتها وتطبيق أحكام القانون المنظم لها والمبين للقواعد والإجراءات والشروط والمعايير الخاصـــة بالتشريح والإنتخاب وإعلان نتيجته ، فإن الإختصاص بنظر هذا الطعن فى مثل هذه الحالات يظل معقوداً لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بإعتباره القاضى الطبيعى فى المنازعات الإدارية طبقاً لحكم المادة (١٧٢) من الدستور والمادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، ولا وجه بعدئذ لأن يفلت هذا القرار من الرقابة القضائية أو أن ينأى عن قاضيه الطبيعى أو أن يخلط بينه وبين طعون صحة العضوية التى إستأثر مجلس الشعب بالفصل فيه ، ولا يعنى مجرد إعلان نتيجة الإنتخاب ما يسفر عنه من إعـــلان أســـماء

الفائزين بالعضوية ، نزع إختصاص محكمة القضاء الإدارى ينظر الطعون فى القرارت الإدارية المشار إليها والمحدد لها فى القانون ، إذ لا يعدل هذا الإختصاص إلا بقانون

ومع ذلك ، فقد تبنت المحكمة الإدارية العليا - فى حدود إنتخابات مجلس الشعب الأخيرة عام ١٩٩٠ (٤) إتجاهاً جديداً فى شأن المسألة المعروضة إذ قضت أن مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، إعمالاً لحكم المادتين ٦٨و١٧٢ من الدستور صاحب الولاية العامة بقصر المنازعات الإدارية وقاضيها الطبيعى ، إلا إنه متى قضى الدستور أو القانون فى الحالات التى يجوز فيها ذلك يجعل الإختصاص بنظر نوع معين من هذه المنازعات لجهة أخرى فإنه يتعين على محاكم مجلس الدولة عدم التحول على هذا الإختصاص ، بذات قدر وجوب حرصها على أعمال إختصاصها المقرر لها طبقاً لأحكام الدستور والقانون ، وعلى هذه المحاكم أداء رسالتها فى أنزال رقابة المشروعية المقررة لها فى حدود هذه الولاية وهذا الإختصاص .

وأضافـــت المحكمـــة أن الدستور قد نص فى المادة (٩٣) بالفصل الثانى منه بشأن مجلس الشعب على أن يختص المجلس بالفصل فى صحة عضوية أعضائه ، وتختص محكمة النقض بالتحقيق فى صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليه من رئيسه ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المجلس به .. وتعرض نتيجة التحقيق والرأى الذى إنتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل فى صحة الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ عرض نتيجـة التحقيق على المجلس ولا تعتبـر العضويـــة باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس ومفاد حكم هذه المادة على ما جرى به من قضاء هذه المحكمة إن الطعون التى تختص محكمة النقض بتحقيقها ، فى إطـار الإختصـــاص المقـــرر دستورياً لمجلس الشعب وحـــدة بالفصـــل فى صحة عضويـــة أعضائه ، إنما هى تلك الطعون التى تنصب أساساً على بطلان عملية الإنتخاب ذاتها والتى تتمثل فى معناها الغنى الدقيق فى عمليات التصويت والفرز وإعلان النتيجة طبقاً لأحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية المعدل بالقانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٩٠ وبصفة خاصة لأحكام المادتين ٣٦ ، ٣٧ ومن ثم يكون الطعن على أية مرحلة من تلك المراحل المتتابعة التى تمر بها العملية الإنتخابية بالمعنى الدستورى والقانونى الفنى الدقيق على النحو المشار إليه من إختصاص مجلس الشعب وحده بمباشرة أعمالاً لصريح حكم المادة (٩٣) من الدستور المشار إليه ، وعلى الوجه المنصوص عليه فيها ، أيا ما يكون وجه هذا المعنى أو أساسه.

وهذا النظر للمحكمة يمثل عدولاً عن إتجاهها السابق المتمثل فى بسط مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظر الطعون فى القرارت الصادرة عن جهة الإدارة فى مرحلة من مراحل

العملية الإنتخابية أو بعد إنتهائها تعبر فيه عن إرادتها كسلطة إدارية أو سلطة عامة وهى بصدد الإشراف على العملية الإنتخابية أو إعلان نتيجتها .. والإختصاص بنظرها يظل معقوداً لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بإعتباره القاضى الطبيعى ، فى حين أن الإتجاه الحديث الذى إتبعته المحكمة الإدارية العليا يحد من إختصاص مجلس الدولة ، ويزيد بالمقابل من إختصاص مجلس الشعب إذ عهد إليه بنظر الطعون فى المراحل السابقة ، والتى تتبدى فيها سلطة الإدارة واضحة وظاهرة ، والتى قد تصدر بالمخالفة لحكم القانون والتى تدخل فى إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، وذلك فى محاولة إيجاد معيار منضبط يفصل بين إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى وإختصاص مجلس الشعب فى صدد المسألة المفروضة إلا أن هذا المعيار غير دقيق على إطلاقه للأسباب الآتية :

أولاً : إن الحكم أعتبر الطعون التى تنصب على بطلان عملية الإنتخاب والتى تتمثل فى عمليات التصويت والفرز وإعلان النتيجة من قبيل الطعون فى صحة العضوية ، فهذا النظر يخالف الواقع . ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٥) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠١ لسنة ١٩٩٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب على أن ، " ينتخب عضو مجلس الشعب بالأغلبية المطلقة لعدد الأصوات الصحيحة التى أعطيت فى الإنتخاب ، فإذا كان المرشحان الحاصلان على الأغلبية المطلقة من غير العمال والفلاحين ، أعلن إنتخاب الحاصل منهما على أكبر عدد من الأصوات وأعيد الإنتخاب فى الدائرة بين المرشحين من العمال والفلاحين اللذين حصلا على أكبر عدد من الأصوات ، وفى هذه الحالة يعلن إنتخاب الحاصل منهما على أكبر عدد من الأصوات .

وإذا لم تتوافر الأغلبية المطلقة لأحد المرشحين فى الدائرة أعيد الإنتخاب بين الأربعة الحاصلين على أكبر عدد من الأصوات ، على أن يكون نصفهم على الأقل من العمال والفلاحين ، وفى هذه الحالة يعلن إنتخاب الأثنيين الحاصلين على أعلى الأصوات بشرط أن يكون أحدهما على الأقل من العمال والفلاحين .

ومؤدى هذا النص ، إنه يشترط لإنتخاب عضو مجلس الشعب أن يحصل على الأغلبية المطلقة لعدد الأصوات الصحيحة التى أعطيت فى الإنتخاب أو بمعنى آخر (نسبة ٥٠٪ +١) ، فإذا لم تراع اللجنة هذه النسبة ، أو طبقت النص على غير وجهه الصحيح ، فإن قرار اللجنة - والحالة هذه - يكون قد صدر بالمخالفة للقانون يدخل فى إختصاص ولاية مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، وليس من قبيل الطعون فى صحة العضوية ولما كان المغيار الذى تبنته المحكمة الإدارية العليا لم يدرك هذه الحالة فإنه يكون قد شابه القصور مما يجعله غير صحيح

على الإطلاق .

ثانياً : ولا يغير من النظر المتقدم ، القول بأن القانون الجديد المشار إليه وقد إعاد نظام الإنتخاب الفردى ألغى نظام الإنتخاب بالقائمة النسبية . بما مؤداه إلغاء اللجنة الرئيسية المشكلة بقرار وزير الداخلية والتى مهمتها حصر الأصوات التى حصل عليها كل حزب على مستوى الجمهورية بتحديد الأحزاب التى تمثل بمجلس الشعب وبيان المرشح الفائز بالمقعد الفردى فى كل دائرة وتوزيع المقاعد الخاصة بالقوائم الحزبية - وهى بحسب طبيعتها وعلى ما إنتهى إليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من القرارت الإدارية التى تدخل فى الإختصاص المقرر لمجلس الدولـة ، ذلك وإنـه ولئـن كانت طبيعة عمل اللجنة الثلاثية المشار إليها تغاير طبيعة عمل اللجنة العامة فى القانون الجديد إلا أن الإختلاف فى الطبيعة وليس فى الدرجة ، ومؤدى ذلك أن اللجنة العامة إذا ما خالفت حكم القانون على الوجه السابق بيانه،فإن قرارها فى طبيعته قرار إدارى ـ يدخل فى الإختصاص المقرر لمجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بإعتبار القاضى الطبيعى للمنازعات الإدارية .

ولما كان ذلك كذلك ، فإنه كان يتعين على المحكمة الإدارية العليا ، إذا ما ارتأت الوجه السابق ، العدول على إتجاهها السابق أن تعمل حكم المادة ٥٤ مكرراً من قاعدة مجلس الدولة التى تقضى بإنه إذا تبين لأحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أوارث المعدول على مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا ، تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة فى كل عام قضائى من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابـه .

وفى ضوء ما تقدم ، فإن الإتجـاه الحديـث للمحكمـة الإدارية العليا مازال فى بدايته ، ولم يرسخ بعد ، بل ومحل نظر . وهو ما يتعين النظر إليه بحذر شـديد ، فى ضـوء الإعتبارات المتقدمة وإذا كان ما تقدم يمثل إتجاه تطور القضاء الإدارى - فى المسألة المعروضة ، إلا أن هيئة قضايا الدولة - التى تنوب عن الحكومة فى مباشرة الدعاوى والطعون العامة المقامة من وضد الحكومة - فى تفسير المادة ٩٣ من الدستور - لها وجهة نظر فى تفسير المادة ٩٣ من الدستور [٥] ومفادها إن مجلس الشعب هو الذى يختص وحـده فى الفصـل فى صحة عضوية أعضائه بعد تحقيق تجربة محكمة النقض طبقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور والمادة ٣٨ من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ ، وأضافت أنه لا يجوز التحدث بأن قرار إعلان النتيجة يعتبر من عداد القرارات الإدارية التى يختص بنظرها مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى . ذلك إن بمجرد إعلان نتيجة الإنتخابات تنفصم علاقة الجهة الإدارية

بالعملية الإنتخابية ، ويصبح مجلس الشعب وحده هو صاحب السلطة الكاملة فى الفصل فى أية طعون تمس عضوية أعضائه وذلك ضماناً لإستقلال السلطة التشريعية وهو ضمان دستورى يتحقق معه مبدأ الفصل بين السلطات لدرجة أن الدستور حرص على النص فى المادة ٩٣ - على أن الإحالة إلى محكمة النقض فى هذا الشأن هو لمجرد التحقيق وليس لها أن تفصل فى صحة العضوية وأعطى هذا الحق لمجلس الشعب وحده وإشترط لإسقاط العضوية أغلبية أعضاء ، ولا شك أن تصدى القضاء الإدارى للفصل فى الطعون الإنتخابية بحدود نص المادة ٣٠ من قانون مجلس الشعب والمادة ٩٣ من الدستور ، إذ لا يبقى ثمة طعون إنتخابية بعد ذلك ، يختص مجلس الشعب بنظرها بعد التحقيق الذى تجريه محكمة النقض .

كما أضافت أن المادة ٩٣ من الدستور وضعت أسس هذا النظام وتكفلت نصوص قانون مجلس الشعب ولائحته الداخلية ببيان تفصيلاته وجميعها تجعل لمجلس الشعب وحده الإختصاص المطلق الشامل فى الفصل فى كل ما يتعلق بصحة عضوية أعضائه والطعون المتعلقة بإنتخابهم ودون أن يشاركه فى سلطة الفصل فيها إية جهة قضائية آخرى وأختصاصه فى ذلك يشمل العملية الإنتخابية برمتها من بدايتها إلى نهايتها ، وكل مراحلها المختلفة التى تندمج جميعها لتصير جميعها مراحل فى عملية واحدة ، سواء تعلق الطعن الإنتخابى بالإرادة الشعبية للناخبين أو بمخالفات قانونية وقعت فى أعمال اللجان المختلفة التى تشرف على أعمال الإنتخابات ، بل وحتى ما تعلق فيها بالأخطاء المادية وبالتالى فإن القول بإختصاص مجلس الدولة بالمنازعات التى تثور فى مرحلة من مراحل العملية الإنتخابية لأعضاء مجلس الشعب أو بالنسبة لقرار إعلان نتيجة الإنتخابات ، وسواء كان مرجع المنازعة مخالفة القانون أو غير ذلك ، إنما هو قول يمثل إعتداء صارخاً على أحكام الدستور والقانون وينطوى على غصب ظاهر لإختصاص مجلس الشعب ، ومحاولة ظالمة لتوسيع إختصاص مجلس الدولة على حساب السلطة التشريعية فى أمور حسمت بموجب الدستور ، بل وطبقاً لقانون مجلس الدولة ذاته الذى حدد الإختصاص بالفصل فى موضوع الطعون الإنتخابية المتعلقة بإنتخابات الهيئات المحلية (المجالس المحلية) وحدها دون غيرها ، ومن ثم لا تكون محاكم مجلس الدولة مختصة على أى وجه من الوجوه بالمنازعة الراهنة وإنتهى رأى هيئة قضايا الدولة إلى أن النصوص الدستورية والقانونية جاءت جريمة واضحة فى إسناد كافة الطعون الإنتخابية ومسائل الفصل فى صحة العضوية إلى مجلس الشعب ، وهى فى ذلك وردت عامة ومطلقة وشاملة لكافة أنواع المطعون المتعلقة بإنتخابات مجلس الشعب دون أن تفرق بين طعن وآخر أو بين سبب وآخر من أسباب الطعن بإعتبار إنها جميعاً تمس العملية الإنتخابية وتتعلق بها ، وبالتالى يكون الفصل بها للمجلس النيابى بقرار برلمانى

دون أن تشاركه فى ذلك أية جهة قضائية أخرى . وهذا النظر محل فقد كل تقدر على التفصيل الآتى :

ثالثا : مناقشة فى صدد إسناد الفصل فى صحة العضوية إلى المحكمة الدستورية العليا :

يجدر بنا - فى هذا المقام - أن نعرض ولو بإيجاز لإختصاصات المحكمة الدستورية العليا .

أورد دستور ١٩٧١ فى الفصل الخامس من الباب الخامس النص على المحكمة الدستورية العليا وبيان إختصاصاتها فلقد نصت المادة ١٧٥١ من الدستور على أن : " تتولى المحكة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون .

ويعين القانون الإختصاصات الآخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التى تتبع أمامها .وفى ضوء هذا النص الدستورى ، ونزولاً على أحكامه ومقتضاه.أصدر المشرع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون إنه لما كانت سيادة القانون تستوجب مراجعة عدم خروج القوانين واللوائح على أحكام الدستور بإعتباره القانون الإسمى ، ضماناً لإلتزام الدولة بإمكانه فيما يصدر عنها من قواعد تشريعية ، فقد خصص الدستور فصلاً مستقلاً للمحكمة الدستورية العليا فى الباب الذى يعالج نظام الحكم نص فيه على أنها هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، كما تتولى تفسير النصوص التشريعية ، مؤكداً بذلك هيمنة هذه الهيئة القضائية العليا على ترتيب دعائم المشروعية ، وصيانة حقوق الأفراد وحرياتهم .

وإذا ما نظرنا إلى إختصاصات هذه المحكمة نجد أن المادة (٢٥) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المشار إليه قد حدد إختصاصات المحكمة على الوجه التالى :

" تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتى :

(أولا) : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .
(ثانيا) : الفصل فى تنازع الإختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الإختصاص القضائى ، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منهما ، ولم تتخل إحداهما عن نظرها ، أو تخلت كلتاهما عنها .

ثالثا : الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادراً إحدهما من أية جهة من جهات القضاء ، أو هيئة ذات إختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها .

وقضت المادة (٢٦) منه إختصاص بتفسير نصوص القوانين والصادرة من السلطة التشريعية والقرارت بقوانيين

الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور .

وإذا ما إستعرضنا الإختصاصات المتقدمة للمحكمة الدستورية العليا ، نجد أنه من بين إختصاصاتها تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارت بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور . وهذا الوجه من إختصاصات المحكمة الذى يهمنا فى هذا الصدد – بإعتباره سندنا فيما نذهب إليه فى هذا الخصوص .

وإنه – وبمراعاة ما سبق – أن المسألة الأساسية محل البحث ، وهى الفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب ، تفرق الرأى فى شأنها بين إتجاهين – مدارهما تفسير نص المادة ٩٣ من الدستور – وهما:

الأول : وهو إتجاه تبناه القضاء الإدارى على التفصيل السابق ويقوم على أساس إختصاص القضاء الإدارى بنظر الطعون التى لا تنصب على عمليات التصويت والفرز وإعلان النتيجة – مع مراعاة تعليقنا السابق فى هذا الشأن .

الثانى : يقوم على أساس إختصاص مجلس الشعب بالفصل فى صحة عضوية أعضائه والطعون المتعلقة بإنتخابهم ودون أن يشاركه فى سلطة الفصل فيها أية جهة قضائية .

والواضح مما تقدم أن المسألة محل البحث ، ليست سهلة كما يتوقع البعض ، بل كثير صعوبات فى التطبيق .

ونناقش هنا هذه المسألة فى ضوء ما تقدم . ثم نعقب على ذلك برأينا .

ومقطع النزاع فى المسألة المطروحة ، يتحدد فى بيان مفهوم الطعن فى صحة العضوية التى يختص بالفصل فيه مجلس الشعب طبقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور . وإذا ما تحدد هذا المفهوم بدقة ، فإنه وبمفهوم المخالفة تخرج ما عداه من منازعات متعلقة بالعملية الإنتخابية ويختص بالفعل فيها القاضى الطبيعى لنظر تلك المنازعات .

بادىء الأمر إن الطعن الإنتخابى ينصب على التأكد من مدى توافر الشروط التى يتطلبها القانون فى العضو وقت الإنتخاب بغية الإطمئنان إلى سلامة التعبير عن إرادة الناخبين من أية شائبة من إكراه مادى أو معنوى أو غش أو تدليس أو تزوير العملية الإنتخابية [٦] وقد أكدت محكمة القضاء الإدارى هذا المعنى بقولها [٧] إن الطعن الإنتخابى إنما ينصب فى حقيقته ومبناه على التلاعب فى تذاكر الإنتخاب إذ أن عملية الإنتخاب قد أفسدها ما ساد جوها الإرهاب ، وعدم الطمأنينة بحيث لا يمكن الجزم بأن نتيجة الإنتخابات هى مرآة صادقة للتعبير عن إرادة الناخبين . وقد أسند الفصل فى صحة العقوبة أو الطعون الإنتخابية إلى مجلس الشعب ذاته بنص المادة ٩٣ من الدستور والمادة ٢٠ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ وقد بينت إجراءاته اللائحة الداخلية لمجلس الشعب وبالتالى تنأى المنازعة فيه عن إختصاص مجلس الدولة بصريح النص [٨] .

ومؤدى النظر المتقدم ، إن مناط التفرقة بين الطعن فى صحة العضوية مما يختص بالفصل فيها لمجلس الشعب طبقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور وغيرها من الطعون المتعلقة بالعملية الإنتخابية التى يختص بالفصل فيها القاضى الطبيعى لنظر تلك المنازعات ، هو البحث فى إرادة الناخبين ، فإذا شابت إرادتهم أثناء عملية الإقتراع غش أو تدليس أو إكراه أو أى تأثير من شأنه تزييف إرادة الناخبين يؤدى إلى الطعن فى عدم توافر شروط العضوية فى أحد الأعضاء المنتخبين ، فإن الطعن فى هذه العملية يختص الفصل فيها لمجلس الشعب أما العمليات التى لا تظهر فيها إرادة الناخبين ، ومن ذلك المنازعات القانونية البحتة التى تتصرف فيها الجهة الإدارية بمقتضى سلطنها فى تنفيذ القانون وتفسيره حتى ولو إتصل بالعمليــة الإنتخابيــة ذاتها ، ما دام إنه لا يصدر عن هيئة الناخبين أو لا يمثل تعبيراً مباشراً عن إرادتهم [٩] وإنه على الرغم من وضوح هذا المعيار ، إلا إنه ما زال الخلاف فى شأن تفسير نص المادة ٩٣ من الدستور قائماً على التفصيل السابق .

وإنه إزاء ما تقدم ،فإننا نرى - ما نادى به البعض من إسناد الفصــل فى مسألة صحــة العضوية للمحكمة الدستورية العليا ، ومبنى ذلك إن المسألة الأساسية فى الموضوع الماثل مدارها تفسير نص المادة ٩٣ من الدستور ، وهو ما يدخل فى إختصاص هذه المحكمة ، كما إن تفسيرها ملزمة للكافة .

وما يعــزز هــذا النظــر ، ما ذهب إليه البعض [١٠] إن الفصل فى صحة نيابة أعضاء المجلس مسألة قضائية ولا تفصل فيها المجالس النيابية بالنزاهة المطلوبة ، والتى هى من صفات القضاء . إذ تتحكم فى البرلمانات القيادات الحزبية التى تفسد الحكم فى مثل هذه الحالة هذا من ناحية ومن ناحية آخـرى ، أن الدستور جعــل الإختصاص بالفصل الذاتى فى صحة العضوية لمجلس الشعب نفسه وإن دور محكمة النقض يقتصر على القيام بالتحقيق فى الطعن وتقديم تقرير عنه لمجلس الشعب ، وليس للتقرير الذى المحكمة أى أثر على صحة العضوية ، وإنما يرجع الأمر فى النهاية إلى المجلس وحده الذى له الحق منفرداً فى أن يقرر صحة العضوية أو يقرر إعتبار العضوية باطلة ، وفى حالة تقرير صحة العضوية تكفى أغلبية الأعضاء . أما فى حالة تقرير بطلان العضوية فيشترط موافقة ثلثى أعضاء المجلس .

ومؤدى ذلك أن دور محكمة النقض - فى صدد تفسير المادة ٩٣ يقتصر على إجراء التحقيق فحسب ، وإن القول والفصل فى صحة العضوية للمجلس .

كما أننا نرى إزاء عدم حياد مجلس الشعب فى الفصل فى صحة الطعون العضوية - تعديل نص المادة ٩٣ من الدستور إذ يقتضى التعديل إختصاص مجلس الشعب وحده بالفصل فى صحة عضوية أعضائه وذلك على نحو لا يجعل القضاء مختصاً بهذه

المهمة وذلك بالرغم من تمتع القضاء بميزة الحياة والإستقلال ، على عكس البرلمان يتأثر بالتيارات الحزبية والأصوات السياسية ، فضلاً عن الضغوط الشخصية ، بحكم الصداقات أو الخصومات فيما بين الأعضاء ، بالإضافة إلى أن إعطاء مجلس الشعب مهمة الفصل فى صحة العضوية لا يمثل كما يزعم البعض حرصاً على إستقلال البرلمان – بل إنه يعتبر فى الواقع من قبيل العدوان على إختصاص المحاكم التى تتمتع وحدها ببيان حكم القانون مع تطبيقه فيما يثار من منازعات فى هذا المجال [11]

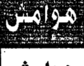
وإقتراحنا المشار إليه ، يتطلب تعديل نص المادة ٩٣ من الدستور ، بالنص على إسناد الفصل فى صحة العضوية وغيرها من لطعون الإنتخابية إلى المحكمة الدستورية العليا ، لما تتمتع به هذه المحكمة من مكانة خاصة ، فضلاً عن إن أحكامها تلزم كافة مؤسسات الدولة وبالتالى يتلافى هذا الإقتراح الإنتقادات السابقة للوضع الحالى .

اللهم نسأل التوفيق والسداد

الإيمـان ...

الإيمان أن تؤثر الصدق ، وألا يكون فى حديثك فضل عن عملك ، وأن تتق الله فى حديث غيرك .

« الإمام على بن أبى طالب »



(١) إن نص المادة (٩٣) من الدستور المشار إليه ، يسرى فى شأن أعضاء مجلس الشورى ، بمعنى أن المجلس الآخير يختص بالفصل فى صحة عضوية أعضائه سواء المنتخبين أو المعينين وذلك نزولاً على حكم المادة ٢٠٥ من الدستور التى تقضى بأن تسرى فى شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور بالمواد (٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٣،.....) وذلك فيما لا يتعارض مع الأحكام الواردة فى هذا الفصل (مجلس الشورى) على أن يباشر الإختصاصات المقررة فى المواد المذكورة مجلس الشـــورى ورئيســه .

(٢) الإدارة العليا ، الطعن رقم ٢٣/١٥ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٩، منشور بالمجموعة فى خمسة عشر عاماً ١٩٦٥، – ١٩٠٨ الجزء الأول ص ١٥٣ .

(٣) الطعنان رقماً ٢٩٩٧ – ٣٠٩٦ / ٣٠ ق ، جلسة ٢٥ من مايو ١٩٨٤ .وأيضاً الطعن رقم ١٩٠٥ / ٣٣ ق ، جلسة ٢٩ من إبريل ١٩٨٨ .

(٤) الطعن رقم ٢٠٧ / ٣٧ ق، جلسة ٥ من ديسمبر ١٩٩٠ ، والطعن رقم ٣٧/٢٠٦ ق ، جلسة ٥ من ديسمبر ١٩٩٠.

(٥) يراجع مذكرة دفاع هيئة قضايا الدولة فى الطعن رقم ٣٣/١١٠٠ ق .

(٦) فى هذا المعنى ، كامل ليلة ، القانون الدستورى ، طبعة ١٩٧١، ص ٥٥٧ ، سعاد الشرقاوى ، عبد الله ناصف ، نظام الإنتخابات فى العالم ومصر ، طبعة ١٩٨٤ ، ص ١٥٧ .

(٧) فى هذا المعنى ، القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ٦/٢٤٦ق ، جلسة ١٩٥٣/٦/٢٤ ، مبدأ ٨٦٠ ، س ٧ ، والدعوى رقم ٦/١٥١ق ، جلسة ١٩٥٣/٤/٩ ، مبدأ ٥٠١ ، س ٧ ، ص ٨٠٧ والدعوى رقم ٧ لسنة ٥ ق ، جلسة ١٩٥٣/٥/٢٨ ، س٧ ، ص١٢٣ .

(٨) الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٣/١٥ ق ، جلسة ١٩٧٧/٤/٩ ، س ٢٢، ص ٥٥ .

(٩) فى هذا المعنى ، القضاء الإدارى ، القضية رقم ١٥٤٤/ ٣٣ق ، جلسة ١٩٨١/٣/١٠ .

(١٠) كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص ٤١١ .

(١١) وفى هذا المعنى ، بكر القبانى ، مقال بعنوان : دستور جديد لماذا ، منشور ، فى عدد الخميس الصادر فى ٥ يناير ١٩٨٩ ، ص ٣ ومزيداً من التفاصيل ، محسن العبودى ، الإختصاص بالفصـل فى صحة عضوية أعضـــاء مجلس الشعب ، ١٩٨٩ . دار النهضة العربية ، ص ٣٠ وما بعدها .

العوائق الشكلية لحق التقاضى

فى خصومة النقض الجنائى

للسيد المستشار
البشرى الشوربجى
المستشار بمحكمة النقض

تمهيد

أهمية حق التقاضى وحمايته فى الوثائق الدولية وفى الدستور المصرى :

إن حق التقاضى أو حق اللجؤ الى القضاء ، وهو الحق الكفيل لسائر الحقوق الآخرى ، فإن حقوق الأفراد والحقوق العامة " لاتقوم ولا تؤتى ثمارها إلا بقيام هذا الحق بإعتباره الوسيلة التى تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عنها ، فحق التقاضى حق أصيل وبدونه يستحيل على الأفراد ان يأمنـوا على حرياتهم أو يـردوا ما يقع عليها من اعتداء " (1) .

ولهذا قررته الوثائق الدولية وكرست له الكثير من نصوصها ، فقد كفل الإعلان العالمى لحقوق الانسان فى ديسمبر ١٩٤٨ هذا الحق فى جملة من مواده بدأت بالنص الآتى " لكل شخص الحق فى أن يلجأ الى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها إعتداء على الحقوق الأساسية التى يمنحها القانون إياه " (م٨) .

وتضمنت الإتفاقية الدوليـة للحقوق المدنية والسياسية التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٦ من ديسمبر ١٩٦٦ ووافقت عليها مصر فى أول أكتوبر ١٩٨١ بضعة نصوص مفصلة لحق الإلتجاء الى القضاء وضماناته وخاصة فى موادها ٩ ، ١٠ ، ١٤ وقد ورد فى بعض فقرات هذه الأخيرة ان لكل فرد الحق عند النظر فى أية تهمة جنائيـة ضـده أو فى حقوقه والتزاماته فى احـدى القضايا القانونيـة فى محاكمة عادلـة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة إستنادا الى القانون . . . ولكل محكوم بإحدى الجرائم الحق فى إعادة النظر فى الحكم والعقوبة بواسطة محكمة أعلى بموجب القانون . ."

ونص الدستور المصرى سنة ١٩٧١ على ان " التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء الى قاضيه الطبيعى وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء (م٦٨ وتنظر كذلك المواد ٦٥ ، ٦٩ ، ٧٢ ، ١٦٦ ، ١٦٨ من الدستور) .

وأكدت محكمة النقض المصرية أهمية حق التقاضى بقولها إنه حق عام مكفول للكافة فلا يجوز التنازل عنه . ولا يعتد بهذا التنازل لمخالفته للنظام العام وان جاز تقييده ،

بمقتضى القانون او بإرادة الافراد " [٢] .

وقد سجلت محكمة النقض فى حكم حديث لها (فى ٤ من شهر يناير ١٩٩٠) حرصها الشديد على صون حق التقاضى ولو أعوزه النص الصريح فى التشريع فقالت فى شأن قرارات لجنة القيد بجدول المحامين " إنه ولئن كان قانون المحاماه القائم قد خلا من نص ينظم الطعن فى قرارات لجنة القيد بجدول المحامين المقبولين امام محكمة النقض الا ان ذلك ليس من شأنه ان تكون تلك القرارات بمنأى عن رقابة القضاء لما ينطوى عليه ذلك من مصادرة لحق التقاضى وافتئات على حق المواطن فى الالتجاء الى قاضيه الطبيعى اللذين كفلهما الدستور فى الماده ٦٨ منه ومن ثم فقد استقرت أحكام النقض على بقاء الاختصاص بنظرها والفصل فيهامعقوداً لهذه المحكمة بالنسبة للحالات التى ينظمها القانون القديم للمحاماه رقم ١٩٦١/٦٨ وما استحدثه القانون الحالى من حالات أخرى

وفى الشريعة الاسلامية تكاد تتمثل الضمانة الأم لكافة حقوق الانسان أمام القضاء ، فى وجوب ان يوجد فى كل وقت قاض مجتهد ومستقل يلجأ اليه المتقاضون فيجدون فى مجلسه المساواة وفى قضائه التثبت والاجتهاد للوصول الى معرفة الحق والحكم به ، وذلك مع تيسير الطعن فى الأحكام ونقضها ، اذ يجب الرجوع الى الحق كلما تبين وقد ورد فى كتاب عمر رضى الله عنه الى قاضيه أبى موسى الأشعرى " لا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فان الحق قديم لا يبطله شئ ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل " وقد أجمع فقهاء المسلمين على أن الحكم الخطأ يستوجب الالغاء بما يتفق واحكام الشريعة الغراء ويطلق على هذا الالغاء " النقض " بمعنى الإبطال أو الحل وهو نظام يستهدف الغاء الحكم ليتلاءم مع أحكام الشريعة ، وليست له اجراءات معينة ولا يتقيد بمواعيد محددة ، بل إن القاضى يلتزم ـ طبقا لاحكام الشريعة ـ بالغاء الحكم بدون طلب من ذوى الشأن اى بلا طعن متى استبان وجه الخطأ فيه فالشريعة تهدف الى إقرار العدل ولا شئ يحول دون ذلك فى نظرها [٣] .

وهكذا فان حق التقاضى لا ينبغى أن يمارس لذات ممارسته وانما يتعين ان يستعمل لتحقيق غايته وهدفه وفائدته وهى نظر الدعاوى لاقرار العدل ودفع العدوان .

اجراءات النقض الجنائى وخطر الجهل بها على حق التقاضى :

أما نظام النقض فى القانون الوضعى فيقصد به فى الأصل تقويم الإعوجاج القانونى فى الحكم المطعون ، وتوحيد فهم القضاة للقانون [٤] .

ولممارسة حق الطعن بالنقض فى المواد الجنائية بوجه خاص ـ إجراءات معينة ومواعيد محددة ـ على نحو رسمه القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة

١ (الطعن رقم ١٧٤٨٢ لسنة ٥٩ ق)

النقض وجرى به قضاء هذه المحكمة ـ والأمر الخطير الذى يكشف عنه العمل فى محكمة النقض هو كثرة عدد ما تصدره من أحكام وقرارات بعدم قبول الطعن شكلا أو بسقوطه بما مؤداه عدم نظر موضوع الطعن ومن ثم عدم تحقيق أيـة نتيجة من الطـعن ولا فائدة فى ذلك لصالح العدالة الجنائية إذ به يقف الأمر فى إستعمال حق اللجؤ الى قضاء النقض عند حد ممارسة هذا الحق دون تحصيل ثمرته ، ويرجع ذلك الى عدم مراعاة اجراءات الطعن القانونية أو عدم التفطن اليها وأعمالها فى الوقت المناسب ، وهو امر جد خطير اذ يؤدى الى إهدار غاية الطعن وتبديده بغير طائل ، فيصبح الطعن بطريق النقض فى هذه الأحوال محض ممارسة عقيمة لحق التقاضى .

أهم اجراءات الطعن الجنائى :

نتناول فى تقريرنا هذا بيانا لأهم الإجراءات القانونية التى يتعين مراعاتها بدقة عند الطعن بطريق النقض فى المواد الجنائية لكى يؤتى هذا الطعن ثمرته ، فى نظر موضوعه وتحقيق هدف اللجؤ الى القضـاء ، ونسـبق ذلك بملاحظات عامة ثلاث .

اولهـا : فى الأصل أن الطعن لا يعتبر إمتدادا للخصومة بل هو خصومة خاصة ، مهمة المحكمة فيها مقصورة على القضاء فى صحة الأحكام من قبيل أخذها أو عدم أخذها بحكم القانون فيما يكون عرض عليها من طلبات وأوجه دفاع .

ولا تنظـر محكمـة النقض القضية الا بالحالة التى كانت عليها امام محكمة الموضوع [٥] .

والثانيـة : ان الطعن بطريق النقض هو عمل اجرائى لم يشترط القانـون لرفعه سـوى افصاح الطاعن عن رغبته فى الاعتراض على الحكم بالشكل الذى ارتآه القانون وهو التقرير به فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المراد الطعن عليه فى خلال الميعاد الذى حدده القانون وتقديم الأسباب التى بنى عليها الطعن فى هذا الميعاد ، والتقرير بالطعن وتقديم أسبابه يكونان معا وحدة اجرائية لا يغنى فيها احدهما عن الآخـر [٦] .

وبعبارة أخرى : أن التقرير بالطعن كما رسمه القانون الذى يترتب عليه دخول الطعن فى حوزة محكمة النقض واتصالها به بناء على إعلان ذى الشأن عن رغبته فيه ، ومن ثم فان عدم التقرير بالطعن لا يجعل للطعن قائمة ولا تتصل به محكمة النقض ولا يغنى عنه تقديم الاسباب إلى قلم الكتاب فى الميعاد ويكون الطعن غير مقبول شكلا [٧] .

وقبول الطعن شكلا و مناط اتصـال محكمة النقض بالطعن فلا سبيل الى التصدى لقضاء الحـكم فى موضوعـه مهما شـابه من عيـب الخطـأ فى القانون [٨] .

والثالثـة : أن على الطاعن متابعة طعنه بعد التقرير به دون أن ينتظر إعلانه بما يتخذ فيه من إجراءات إذ أنه طبقاً للمادة ٣٧ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة

النقض تحكم محكمة النقض فى الطعن بعد تلاوة التقرير الذى يضعه أحد اعضائها ويجوز لها سماع أقوال النيابة العامة والمحامين عن الخصوم إذا رأت لزوماً لذلك ، ومن ثم فان سماع الخصوم هو من الاجازات الموكولة لتقرير محكمة النقض متى اتصلت بالطعن بناء على التقرير به ، وبالتالى لا تلزم دعوة الخصوم أيا كانت صفتهم باعلانهم او اخطارهم بالجلسة التى تحدد لنظر الطعن سواء كانوا هم الطاعنين أو المطعون ضدهم وسواء كانوا متهمين أو مدعين بحقوق مدنية أو مسئولين عنها ـ لأمن لا يجب سماعه لا تلزم دعوته [٩] .

ويتعين على الطاعن ان يتابع طعنه دون ان يلتزم قلم الكتاب أو النيابة بإعلانه أو بتكليفه بالحضور أمام محكمة النقض [١٠]

والمبادئ الإجرائية التى نعرض لها فيما يلى لا تشكل بذاتها عوائق إجرائية فى سبيل حق الإلتجاء الى القضاء ، بل هى مما تقتضيه الأصول القانونية لنظام النقض الجنائى فى المجتمع الحديث ، ولكن الجهل بها أو تجاهلها هما اللذان يحولان دون تحصيل الفائدة المرجوة من ممارسة حق التقاضى أمام محكمة النقض فى المواد الجنائية .

اولا : تفادى سقوط الطعن :

فالمادة ٤١ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض (رقم ٥٧ / ١٩٥٩ المشار إليه) إذ نصت على أن يسقط الطعن المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية اذا لم يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة فقد دلت بذلك على أن سقوط الطعن هو جزاء وجوبى يقضى به على الطاعن الهارب من تنفيذ العقوبة اذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة التى حددت لنظر الطعن ، بإعتبار ان الطعن بطريق النقض لا يرد إلا على حكم نهائى وأن التقرير بـه لا يترتب عليه وفقاً للمادة ٤٦٩ من قانون الإجراءات الجنائية إيقاف تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية المقضى بها بأحكام واجبة التنفيذ [١١] .

وما على الطاعن لكى يتفادى سقوط طعنه إلا أن يمثل أمام محكمة النقض فى يوم الجلسة المحددة لنظر طعنه ـ ان لم يكن قد إمتثل لتنفيذ العقوبة المقيدة للحرية قبل ذلك ، وتأمر المحكمة بوقف تنفيذ هذه العقوبة غالبا الى حين الفصل فى الطعن كلما كان الطعن مرجح القبول موضوعاً .

ثانيا : تجنب عدم قبول الطعن شكلا فى مظانه المختلفة :

إن قبول الطعن شكلا : شرط لنظر محكمة النقض لموضوعه [١٢]

ومما يحول دون قبوله شكلا : ألا يودع مبلغ الكفالة كلما كان واجباً ايداعه ، أو ان يقرر بالطعن من لا صفة له أو تخلو ورقة التقرير من الإفصاح عن صفة المقرر بالطعن ، أو ألا يقدم وكيل الطاعن سند وكالته الذى يثبت صفته فى التقرير بالطعن نيابة عنه ، أو أن يكون سند التوكيل لاحقا على التقرير بالطعن ، أو أن يتم التقرير بعد الميعاد القانونى أو يعتذر الطاعن عن تجاوز الميعاد بعذر لا يقدم دليله ، أو لا يبرر هذا

التجاوز ـ أو يتم التقرير فى الميعاد ثم لا تودع أسباب الطعن فى الميعاد عينه ، أو تكون الأسباب موقعة من محام غير مقيد فى جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض ، أو ممضاة بتوقيع غير واضح أو غير ممضاة بأى توقيع فى أصلها وصورها المودعة ملف الطعن أو إذا وجد التوقيع فى غير ختام المذكرة أو كان التوقيع عليها مأخوذاً بالتصوير الضوئى أو بوسيلة فنية غير أصل خط اليد . . . .

فعن كفالة الطعن يجب مراعاة إيداعها كاملة كلما تعين ذلك :

توجب المادة ٣٦ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ لقبول الطعن إذا لم يكن مرفوعاً من النيابة العامة أو من محكوم عليه بعقوبة مقيده للحرية ـ أن يودع رافعه خزانة المحكمة التى أصدرت الحكم مبلغ خمسة وعشرين جنيها على سبيل الكفالة . . وتحكم المحكمة بمصادرة هذا المبلغ إذا لم يقبل الطعن أو قضى برفضه أو بعدم جوازه أو بسقوطه ، وقد إستقر قضاء محكمة النقض على أنه إذا كان الطاعن الذى حكم بعقوبة الغرامة لم يودع الكفالة المقررة ولم يحصل على قرار من لجنة المساعدة القضائية بإعفائه منها فإن طعنه يكون غير مقبول [١٣] .

ومتى كان الطاعن بصفته مدعياً بالحقوق المدنية لم يودع الكفالة المقررة فى القانون ولم يحصل على قرار من لجنة المساعدة القضائية بإعفائه منها فإن طعنه لا يكون مقبولاً [١٤] .

ولما كان الطاعن لم يودع خزانة المحكمة التى أصدرت الحكم كامل مبلغ الكفالة التى نص عليها القانون فان طعنه يكون غير مقبول ويتعين مصادرة ما سدد من الكفالة [١٥] .

كما استقر قضاء النقض على الحكم بعدم قبول الطعن ممن لم يعجل بسداد الكفالة قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى والحكم فى هذه الحالة نهائى لا يجوز الرجوع فيه حتى لو سددت بعد ذلك [١٦] .

وقضت محكمة النقض كذلك بأن التدبير المقضى به ـ وهو وقف الطاعن عن عمله بدون مرتب لمدة ثلاثة أشهر ـ إعمالا لحكم المادة ١١٨ مكرراً من قانون العقوبات ـ ليس من العقوبات المقيدة للحرية التى نص عليها القانون ومن ثم فقد أوجب المشرع حينئذ لقبول الطعن شكلا ـ المقدم من غير النيابة العامة ـ إيداع الكفالة المنصوص عليها فى المادة ٣٦ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، وإلا كان الطعن غير مقبول شكلا واذ كان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يودع مبلغ الكفالة المشار اليها أو يحصل على قرار من لجنة المساعدة القضائية بإعفائه منها فان الطعن يفصح عن عدم قبوله شكلا [١٧] .

بينما قضت بأن تدبير إيداع الحدث فى مؤسسة الرعاية الاجتماعية ، الذى نصت عليه المادة السابعة من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الاحداث هو عقوبة جنائية بالمفهوم القانونى تقيد من حرية الجانى وقد رتبها القانون

المشـــار إليــه وهـــو من القوانين العقابية لصنف خاص من الجناة هم الاحداث وإن كانت لم تذكر بالمواد ٩ وما يليها من قانون العقوبات ضمن العقوبات الأصلية والتبعيـة ، ومن ثم فانه لا يلزم لقبول الطعن فى الحكم الصـادر بها ايــداع الكفـالة المنصــوص عليهـا فى المـادة ٣٦ ... المشار اليها ويكون الطعن ـ بدون ايداعها ـ مقبولاً شكلاً .

كما قضت بأنه لا يلزم ايداع هذه الكفالة لقبول الطعن من المحكوم عليه بعقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة طبقاً للمرســوم بقانون ٩٨ لسـنة ١٩٤٥ لان هذه العقوبة مماثلة لعقوبة الحبس [١٨] .

وجوب مراعاة أن ـ الطعن بالنقض حق شخصى للمحكوم عليه دون سواه :

تقرر محكمة النقض ان الطعن فى الأحكام الجنائية من شان المحكوم عليهم دون غيرهم ـ وأن تدخـل المحامين عنهـم لا يكون الا بناء على ارادتهم فى الطعن على الحـكم ورغبتهم فى السير فيه [١٩] كما قررت أن الطعن بالنقض فى المواد الجنائية حق شخصى لمن صدر ضده الحكم يمارسه أو لا يمارسه حسبما يرى من مصلحته وليس لأحد أن ينوب عنه فى مباشرته إلا بإذنه ، وهو مما يلزم فيه توكيل خاص أو توكيل عام يـكون ثابتـاً وقـت التقرير بالطعن ، ولما كان المحامى الذى قرر بالطعن لم يكن يحمل توكيلاً ثابتاً يبيح له التقرير بالطعن عن المحكوم عليه وقت أن قرر به ثم قدم يوم الجلسة توكيلاً لاحقاً فى التاريخ لتاريخ التقرير فان الطـعن يكـون غير مقبـول شكلا [٢٠] .

ويبنى على ما تقدم انه اذا لم يكن المقرر بالطعن بالنقض هو المحكوم عليه شخصياً فيجب ان يكون التقرير ممن يوكله لهذا الفرض توكيلاً خاصاً أو بمقتضى توكيل عام ينص على الطعن بهذا الطريق الإستثنائى ويودع التوكيل الذى حصل التقرير بمقتضاه فى ملف الدعوى حتى يمكن لمحكمة النقض التحقق مما اذا كان مصرحاً فيه للوكيــل بالتقريــر بالطعن بالنقض ام لا ، وإذ لـم يودع التوكيل فان الطعن يكون غير مقبول شكلاً [٢١] .

جـ ـ فلابد ان يكون التوكيل معروضاً ـ أصله أو صورة رسمية منه ـ على محكمة النقض عند نظرها الطعن للتثبت من إستيفاء إجــراءات الطـعن ولا يـكفى فى إثبات صفة المقرر بالطعن إيداعه صورة ضوئية غير رسمية من التوكيل أو الإشارة إلا ان أصل التوكيل مودع فى قضية أخرى ، وذلك لما هو مقرر من أن اجراءات الطعن هى من الإجراءات الشكلية فى الخصومة التى يجب ان تكون مستكملة كافة مقوماتها ومن أن التقرير بالطعن بطريق النقض هو من شأن المحكوم ضده وليس لأحد أن ينـــوب عنــه فى مباشرتــه إلا إذا كان موكلاً عنه توكيلاً يخوله هذا الحـق [٢٢] .

ـ وهكذا فإن عدم تقديم أصل التوكيل أو صورة رسمية منه يستوى فى الأثر مع تقديم صورة ضوئية عرفية ومع عدم وجود توكيل أصلا فجميعها

صور تؤدى الى عدم القبول شكلاً .

ـ ومن المقرر فى هذا الصدد ان ولى القاصر هو وكيل جبرى عنه بحكم القانون ينظر فى الجليل والقليل من شئونه الخاصة بالنفس والمال ، فله أن يرفع بهذه الصفة الطعن بطريق النقض وغيره ، فى الأحكام التى تصدر على قاصره ولو لم يكن ممثلاً بصفته فى الخصومه من قبل [٢٣] .

وقد قبلت محكمة النقض طعوناً اقامها والد الحدث المحكوم عليه أو شقيقه المسئول عنه ... [٢٤] .

ويتعين أن يكون التوكيل الذى قرر بالطعن بمقتضاه ـ والواجب إيداعه الملف قبل نظر الطعن هو التوكيل الصادر من المحكوم عليه الى من قرر بالطعن نيابة عنه فإذا لم يقدم هذا التوكيل وإنما قدم توكيل من محام إلى محام آخر هو الذى قرر بالطعن فلا يقبل الطعن شكلا [٢٥] .

ومع ان التقرير بالطعن بالنقض حق شخصى يستلزم وجود توكيل خاص به أو عام يبيحه للوكيل ، كما قدمنا ، فان ورود التوكيل فى صيغة التعميم فى التقاضى ثم تخصيصه بنص صريح أموراً معينة أجاز للوكيل مباشرتها عن الموكل ليس من بينها الطعن بطريق النقض يكون مفاده أن ما سكت التوكيل عن ذكره فى معرض التخصيص يكون خارجاً عن حدود الوكالة وينفى صفة المقرر بالطعن فيقضى بعدم قبوله شكلا ولكن محكمة النقض ترى أيضاً أنه إذا خلت عبارة التوكيل من اباحة التقرير بالنقض للوكيل ـ واقتصرت على التقرير بالمعارضة والإستئناف وكان التوكيل قد صدر فى يوم لاحق على الحكم المطعون فيه وسابق على تاريخ التقرير بالطعن بالنقض بفترة قصيرة فان ارادة المحكوم عليه تكون قد إنصرفت الى توكيل محاميه بالتقرير بالنقض [٢٦] .

فظروف إصدار التوكيل قد تغنى عن التصريح بالمقصود .

واذا كان للمحامى ـ طبقاً للمادة ٥٦ من قانون المحاماة رقم ١٩٨٣/١٧ ـ أن ينيب عنه فى إجراءات التقاضى محامياً آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص ـ مالم يكن فى التوكيل الصادر اليه ما يمنع ذلك ، وكان المحامى الذى قرر بالطعن نائباً عن محامى المحكوم عليه ، ـ فيتعين النظر فى التوكيل الصادر الى هذا المحامى الأصلى للتحقق من أنه لا يمنعه من إنابة غيره فى الوكالة عن الموكل [٢٧] .

ـ ويعتبر الطعن قائماً قانوناً وإن خلا تقرير الطعن من توقيع من قرر به ، إذ يترتب على مجرد التقرير به فى السجل الخاص الموقع من الكاتب المختص (مع بيان اسم المقرر) ـ دخوله فى حوزة المحكمة وإتصالها به بصرف النظر عن عدم التوقيع غليه من المقرر ، ذلك ان القانون لم يشترط فى التقرير بالطعن بالنقض بوصفه عملاً إجرائياً ـ سوى إفصاح المقرر عن صاحب الصفة فى الطعن عن رغبته فى الإعتراض على الحكم بالشكل الذى رسمه المشرع وهو التقرير به فى قلم

كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم فى خلال الأجل المحدد بالمادة ٣٤ من قانون حالات وإجراءات - الطعن أمام محكمة النقض فيكون الطعن مقبولا شكلا ولو خلا من توقيع من قرر به [٢٨] .

ومع ذلك يتعين أن يفصح الطاعن فى ورقة تقريره بالطعن عن صفته فى الطعن فى الحكم المطعون فيه وإلا قضى بعدم قبول طعنه ولا يغير من ذلك أن تكون أسباب الطعن قد تضمنت ما يفيد أنها مقدمة من المحكوم عليه مادام انه لم يثبت صراحة فى تقرير الطعن ان من قرر به كان نائباً عن هـذا المحـكوم عليه ، لما هو مقرر من أن تقرير الطعن هو ورقة شكلية من أوراق الإجراءات التى يجب أن تحمل بذاتها مقوماتها الأساسية بإعتبارها السند الوحيد الذى يشهد بصدور العمل الإجرائى ممن صدر عنه على الوجه المعتبر قانوناً فلا يجوز تكملة أى بيان فى التقرير بدليل خارج عنه غير مستمد منه [٢٩] .

تقديم أسباب الطعن :

وإذا كان عدم التقرير بالطعن من ذى الصفة ، على الشكل الذى رسمه القانون لا يجعل للطعن قائمة ولا يغنى عنه تقديم أسباب للطعن [٣٠] .

فإن التقرير بالطعن على الوجه القانونى لا يغنى كذلك عـن تقديـم أسـباب الطـعن مفصلة ، ومحددة ، وشاملة لما يراد تسديده الى الحكم المطعون من أوجه الطعن موقعاً عليها من محام مقبول أمام محكمة النقض بتوقيع مقروء يدل على صاحبـه .

- فقد جرى قضاء محكمة النقض على أن التقرير بالطعن بالنقض هو مناط اتصال المحكمة بالطعن وأن إيداع أسبابه - فى الميعاد الذى حدده القانون - هو شرط لقبوله ، وأن التقرير بالطعن وإيداع الأسباب التى بنى عليها يكونان معا وحدة اجرائية لا يقوم فيها أحدهما مقام الآخر ولا يغنى عنه [٣١] .

فعـدم تقديم أسـباب الطعن يحول دون قبول الطعن شكلاً .

وقد أوجبت المادة ٣٤ من القانون ١٩٥٩/٥٧ .. المشار إليه بالنسبة للطعون التى يرفعها المحكوم عليهم أن يوقع أسبابها محام مقبول أمام محكمة النقض ، بحسبان أن تقرير الأسباب ورقة شكلية من أوراق الإجراءات فى الخصومة والتى يجب أن تحمل بذاتها مقومات وجودها وأن يكون موقعا عليها ممن صدرت عنه لأن التوقيع هو السند الوحيد الذى يشهد بصدورها ممن صدرت عنه على الوجه المعتبر قانونـاً ولا يجوز تكملة هذا البيان بدليل خارج عنها غير مستمد منها ، واستقر قضاء محكمة النقض على تقرير البطلان جزاء على إغفال التوقيع على الأسباب أو على توقيعها من محام غير مقبول امام محكمة النقض ، إذ تعتبر فى هاتين الحالتين عديمة الأثر فى الخصومة ولغواً لا قيمه له [٣٢] .

فلا يقبل الطعن الذى لم توقع أسبابه فى أصلها ولا صورها حتى فوات ميعاده ولو ثبت صدورها من مكتب محام [٣٣] .

ولا يقبل الطعن الذى وقع أسبابه محام كان مقيداً بجدول المحامين أمام المحاكم الشرعية

ولم يحصل على قرار بقيده بالجدول الخاص بالمحامين أمام محكمة النقض [٣٤] .

ولا الطعن الذى وقع أسبابه أحد المحامين بالإدارات القانونية للهيئات العامة وشركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية فى عمل يخرج عن أعمال الجهة المتبوعة لمخالفة ذلك للمادة ٨ من قانون المحاماه رقم ١٧/١٩٨٣[٣٥] .

ولا يقبل الطعن الذى وقع على أسبابه محام غير مقبول أمام محكمة النقض ولو كان توقيعه نيابة عن محام مقبول لأن الأسباب هى فى الواقع جوهر الطعن وأساسه ووضعها من أخص خصائصه فكان عليه أن يوقع على ورقتها بما يفيد إقراره إياها ان كان قد اناب غيره فى إعدادها [٣٦] .

ويلزم فى توقيع المحامى المقبول على أسباب الطعن ان يتم قبل فوات ميعاد الطعن [٣٧]

وان يكون واضحاً مقروءً ، وأن يوضع فى ختام مذكرة الأسباب ، فالتوقيع عليها بإمضاء يتعذر قراءته ومعرفة اسم صاحبه وعدم حضور المحامى يوم نظر الطعن ليفر بامضائه عليها ويوضح انه مقبول أمام محكمة النقض ، ينفى عنه هذه الصفة ويؤدى الى عدم قبول الطعن شكلاً [٣٨] .

وقضى بأن التوقيع على هامش احدى صفحات مذكرة الأسباب ـ لا يجزأ فى هذا الصدد ، " وانما التوقيع المعتبر هو الذى يتم فى نهاية مذكرة أسباب الطعن حتى يدل على أن هذه الاسباب صادرة ممن وقع عليها جملة وتفصيلاً " [٣٩] .

كما قضى بان التوقيع على أسباب الطعن بالتصوير الضوئى او الآلة الكاتبة أو أية وسيلة فنية أخرى لا يقوم مقام أصل التوقيع [٤٠] .

ـ مراعاة ميعاد الطعن وتقديم الاسباب :

توجب المادة ٣٤ من القانون ٥٧/١٩٥٩ ان يتم التقرير بالطعن بالنقض فى المواد الجنائية وإيداع أسبابه فى ظرف اربعين يوماً من تاريخ الحكم الحضورى أو من تاريخ انقضاء ميعاد المعارضة أو من تاريخ الحكم الصادر فى المعارضة ، فإذا تجاوز الطاعن هذا الميعاد سواء فى تقريره بالطعن أو فى ايداع الأسباب لم يقبل طعنه شكلا ، وجرى قضاء محكمة النقض على أنه يتعين على الطاعن إذا اقعده عذر مانع عن التزام هذا الميعاد ان يقرر بالطعن إثر زوال المانع باعتبار ان التقرير بالطعن لا يعدو ان يكون عملاً مادياً أما إعداد ايداع أسباب الطعن وتقديمها فيقتضى فسحة من الوقت لا تمتد بعد زوال المانع الا لعشرة ايام [٤١] .

وتقدر محكمة النقض ما يتعلل به الطاعن من عذر قهرى فى تجاوزه ميعاد التقرير بالطعن أو تقديم الإسباب ، فإذا أطمأنت الى صحة العذر قبلته وإلا اطرحته وقضت بعدم قبول الطعن [٤٢] .

ومن المقرر فى هذا الصدد ان مجرد وجود الطاعن فى السجن وقت التقرير بالطعن لا ينهض عذراً التقديم أسباب الطعن بعد الميعاد مادام لا يدعى انه حيل بينه وبين محاميه [٤٣] .

وأن مرض المحامى لا يبرر تقديم أسباب الطعن بالنقض بعد الميعاد [٤٤] .

وأن على الطاعن إثبات إيداع الأسباب فى الميعاد وإلا كان طعنه غير مقبول شكلاً والإيصال الصادر من قلم الكتاب دون غيره هو الذى يصلح فى اثبات ذلك [٤٥] .

وجوب تقديم دليل العذر :

ويتعين على الطاعن ـ ولكى يتفادى عدم قبول طعنه شكلا ـ كلما تعلل بعذر فى تجاوزه ميعاد التقرير بالطعن أو إيداع تقرير الأسباب ان يقدم رفق تقرير الأسباب دليل ما يستند اليه من عذر ، كشهادة طبية أو شهادة رسمية تفيد فى إثبات صحة العذر ، وتفصل محكمة النقض فى قبول الطعن شكلاً فى ضوء تقديرها لصحة العذر وجديته ومن ثم فإنه إذا لم يقدم دليل العذر حتى وقت نظر الطعن فقد جرى قضاء النقض على أنه لا يجدى الطاعن ما يزعمه من عذر مادام انه لم يقدم دليلاً على قيامه [٤٦] .

خاتمــــة

قصدنا بما تقدم أن نوجه النظر إلى أهم العوائق الشكلية لحق الإلتجاء إلى القضاء فى خصومة النقض الجنائى ، وهى كما قدمنا لا ترجع إلى نصوص القانون أو مبادئ قضاء النقض فى هذا الخصوص وإنما ـ على النقيض ـ ترجع إلى إغفال الممارسة العملية الصحيحة الإجراءات الشكلية ، كما وضعها قانون النقض وكما جرت ، أحكام محكمة النقض فى فحصها للطعون الجنائية من حيث الشكل ، على أساس ما أستقرت عليه هذه الأحكام من أن إجراءات الطعن هى من الإجراءات الشكلية فى الخصومة ، التى يجب أن تكون مستكملة كافة مقوماتها . ومع أن الأصل فى نظام التقاضى انه متى صدر الحكم فى الدعوى خرجت من حوزة المحكمة لاستنفادها ولايتها القضائية وامتنع عليها العودة إلى نظرها من جديد ، مع ذلك فقد استثنت محكمة النقض خروجا على هذا الأصل حقها فى العدول عن بعضها أحكامها فى خصوص شكل الطعن مراعاة منها لمقتضات العدالة ، وحتى لا يضار الطاعن بسبب لا دخل لارادته فيه ، فجرى قضاؤها على أنه يشترط ـ كى تعدل عن حكم أصدرته أن يكون الحكم فيما قضى به قد قام على عدم استيفاء اجراءات الطعن المقررة قانونا ثم يثبت من بعد ان تلك الاجراءات كافة كانت قد استوفيت بيد انها لم تعرض كاملة على المحكمة عند نظرها الطعن وذلك لأسباب لا دخل الإرادة الطاعن فيها [٤٧] .

ولعله يبين مما تقدم ان محكمة النقض تسعى فى منهجها فى نظر الطعون الجنائية إلى تحقيق توازن حصيف وتوفيق حكيم بين مقتضيات الترحيب بالحق فى اللجوء إلى قضائها ـ وهو خاتمة المطاف ـ وبين ضرورة ولزوم التطبيق السليم للضوابط الإجرائية المشروعة لممارسة هذا الحق فى خصومة النقض الجنائى لكيلا يضيع الوقت والجهد سدى فى طعون غير جدية تكون قد رفعت جزافا أو باستعمال غير واع أو غير مشروع لحق الالتجاء إلى القضاء .

ـ وفقنا الله واياكم إلى احقاق الحق ورد المظالم ، واشكركم لحسن انصاتكم .

والسلام عليكم ورحمة الله

المستشار

البشرى الشوربجى

(١) من حكم للمحكمة الدستورية مشار اليه فى بحث المستشار الدكتور حسن بسيونى « ضمانات فاعلية حق التقاضى » المنشور بمجلة القضاء فى السنه ٢٢ العدد الأول ١٩٨٩ ص ١٧٩ .

(٢) فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٢ ق (أحوال شخصية) بجلسة ٢٤ من مايو ١٩٨٣ ـ مشار اليه فى المصدر السابق ص ١٩٧٨ السابق ص ١٧٨ .

(٣) راجع تقريرنا بشأن « حقوق الانسان أمام القضاء فى الاسلام » المقدم الى ندوة تعليم حقوق الانسان فى كليات الحقوق العربية .

عقدت فى سيراكوزا بايطاليا فى يونيو ١٩٨٨ ، ونشر ضمن أعمالها فى المجلد الثالث ص ٨٢ وما بعدها كما نشرته مجلة كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر فى العدد الثالث ١٤٠٨ هـ ص ٢٨٢ ـ ٣١٠ ، ومجلة القضاة فى عدديها السابع والثامن ـ يوليو ، أغسطس ١٩٨٨ ص ٢٧ .

(٤) أ . د ـ عبد العزيز بديوى : القضاء فى الاسلام وحماية الحقوق ، دار الفكر العربى ١٩٨٠ ص ٨٠ ـ ٨٣ .

(٥) نقض جنائى ١٤ فبراير ١٩٧٢ مجموعة أحكام المكتب الفنى السنة ٢٣ العدد الاول ص ١٧٠ ط ١٦٣٥ لسنة ٤١ ق ونقض ٢٦ نوفمبر ١٩٨١ لسنة ٣٢ ص ٩٨١ .

(٦) نقض ٢٩ مارس ١٩٨٤ السنة ٣٥ ص ٣٧٠ ط ١٥٩٦ لسنة ٥٣ ق ونقض ٢٢ نوفمبر ١٩٨٤ س ٣٥ ص ٨٠٨ ط٥٨٨٣ لسنة ٥٣ ق .

(٧) نقض ١٠ من يناير ١٩٧٢ السنة ٢٣ ص ٦٠ طعن ١٢٤٢ لسنة ٤٢ ق ، نقض ٨ ديسمبر ١٩٨٨ فى الطعن ٥٨/٦٠٠٧ ق ونقض ٢ مارس ١٩٨٩ فى الطعن ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ ق مشار اليهما بمجلة القضاة الفصلية ١٩٨٩ ـ العدد ٢٢ ص ١٧٠ ـ ١٧١ .

(٨) نقض ٢٨ مارس ١٩٧٦ السنة ٢٧ ص ٣٥٩ ونقض ١٤ يناير ١٩٧٩ س ٣٠ص ٩٤ .

(٩) نقض ٩ فبراير ١٩٧٠ س ٢١ ص ٢٥٠ .

(١٠) نقض ٢٦ مارس ١٩٦٨ س ١٩ ص ٣٧٧ ونقض ٢٩ ابريل ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٨٨ .

(١١) نقض ٣٠ مارس ١٩٨٧ ط ٤٣٨٦ لسنة ٥٦ ق « لم ينشر » .

نقض٢٥ مارس ١٩٨٨ ط ٥٧/٣٢٨٠ ق مجلة القضاء الفصلية المشار اليها ص ١٧٤ ونقض ٢٥ مارس ١٩٩٠ ط ٥٨/٧٣٠٤ق غير منشور ، وتكاد لا تخلو جلسة من جلسات محكمة النقض من حكم بسقوط بعض الطعون .

(١٢) نقض ٣ يونيو ٩٦٨س١٩ ص ٦٤٠ وما أشرنا اليه فى « هـ ٨ » آنفا .

(١٣) نقض ١٩٥٧/٦/٣ السنة ٨ص ٥٧٧ .

(١٤) نقض ٩٥٣/٣/٢٤ السنة ٤ ص ٦٥٣ .

(١٥) نقض ٩٦٠/١١/٢٢ السنة ١١ ص ٨١٧ .

(١٦) نقض ١٩٥٨/٤/٨ السنة ٩ ص ٣٥٨ .

أشار الى الأحكام الاربعة السابقة المستشار د . أحمد ابراهيم فى تعليقاته على قانون الاجراءات الجنائية ١٩٦٥ دار المعارف ص ٦٧٦ ـ ٦٧٧ .

وانظرالطعن ٧١٩٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٥ مارس ١٩٩٠ (لم ينشر) .

(١٧) نقض ١٩٨٢/١٢/٧ السنة ٣٣ ص ٩٥١ .

(١٨) نقض ١٩٨٢/١٢/٢٩ السنة ٣٣ ص ١١٠٢ وراجع كتابنا فى شرح قانون الاحداث ١٩٨٦ ص ٦٤٨ ونقض ١٩٨١/١١/٢١ س ٣٢ ص ٩٥٤ .

(١٩) نقض ٨ يناير ١٩٦٨ السنة ١٩ ص ١٨ .

(٢٠) نقض ٣٠ مارس ١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٥٠٢ ونقض ٣١ يناير ١٩٨٤ فى الطعن ٥٣/٢٩٣٤ ونقض ١٩٨٨/١٢/٢٥ فى الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٥٨ ق فى « المجلة الفصلية للقضاة المشار اليها ص ١٧١ .

(٢١) نقض ١٩٦٢/٥/٢١ السنة ١٣ ص ٤٨٧ ونقض ٩٦٤/٣/٢ السنة ١٥ ص ٦٦ ، ونقض ١٩٨٨/١١/١٠ ط ٣٠٣ لسنة ٥٦ ق (مجلة القضاء الفصلية ص ١٧١ ، ١٩٩٠/١/٢٨ ط ٥٨/٦٣٥٩ غير منشور .

(٢٢) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٠ س ٣٤ ص ١٠٦٣ وفى أن صورة التوكيل الضوئية المصدق عليها رسميا لا تفيد فى اثبات الصفة فى التقرير بالطعن بالنقض . ولا تغنى عن الأصل شيئا ، تصدر سنويا ـ مئات الاحكام بعدم قبول الطعن شكلا ، منها : نقض جلسة ١٩٨٦/٥/٦ ط ٥٥/٦٨٨٨ ، نقض ٨٧/١٠/٢٦ ط ٥٦/٦١٠٨ ق ، نقض ١٩٨٧/١١/٢٣ فى ط ٥٧/٥٠٨ ق نقض ٩٨٩/٥/٢٣ ط ٥٨/٨٠٧٢ ق ، ١٩٨٩/١٠/١ ط ٥٩/٤٠١٧ ق ، نقض ٩٨٩/١٠/٨ ط ٣٩٨٤، ٥٩/٣٩٨٥ ق ، نقض ٨٩/١٠/٢٩ ط ٣٤٩٣ لسنة ٥٨ ق ، ٥٨/٤٢٠ ق ، نقض ١٩٩٠/٢/١٨ ط ٥٩/١٠٠٩٩ ، نقض ٩٩٠/٣/٢٥ ط ٥٨/٧١٩٠ ق ...

(٢٣) نقض جلسة ١٩٨٣/١/١٨ السنة ٣٤ ونقض ٨٨/١٢/٢٧ط ٥٧/٥٣٢٩ ونقض ١٩٨٩/٢/٢٨ ط ٣٢٢ لسنة ٥٦ ق غير منشور ، وانظر لنا « دراسة فى قانون الاحداث » ضمن أعمال المركز القومى للدراسات القضائية ١٩٩٠/٨٩ ص ٢٣ .

(٢٤) الدراسة المشار اليها آنفا ص ٢٩ فقرة تاسعاً عاشراً وأنظر أيضا نقض ١٩٧٩/١١/٢٦ السنة ٣٠ ص ٨٤٤ .

(٢٥) نقض ١٩٨٩/٣/٢٨ ط ١٤١٩ لسنه ٥٨ ق غير منشور .

نقض ١٩٨٨/١١/١ ط ٤٥١٣ لسنه ٥٧ غير منشور .

(٢٦) نقض ١٩٨١/١٠/١٧ ٣٢ ط ٧٢٤ ونقض أول ينايــــر ١٩٧٩ س ٣٠ ص ١٠ وقارن نقض ٩٨٤/٢/١٢ ق ٣٥ ط٧٥٢ .

(٢٧) نقض ٩٠/٢/١٨ / ٩٠ ط ١٠٧٤٤ لسنة ٥٩ ق « لم ينشر » .

(٢٨) نقض ١٠/٢٧ /٩٨١ ط ٣٢ ق ٧٥٧ .

(٢٩) نقض ١٩٨٥/٣/٢٦ ط ٧١١٨ لسنة ٥٤ ق .

نقض ١٩٨٧/٤/٢ط ٧١١٨ لسنة ٥٤ ق « لم ينشر » .

نقض ١٩٩٠/٢/٢٥ ط ٧٠٥٦ لسنة ٥٨ ق « لم ينشر » .

نقض ١٩٧٨/١٠/٥ السنه ٢٩ ط ٦٧١ .

(٣٠) نقض ١٩٨٤/١١/٢٢ السنة ٣٥ ص ٨٠٧ .

(٣١) نقض ١٩٨٥/٢/٢٥ السنه ٣٦ ط ٣٠١ .

وأنظر فى لزوم تقديم الأسباب لقبول الطعن شكلاً الأحكام المشار إليها فى فهرس السنة ٣٦ ، ٣١٦ من الفهرس .

(٣٢) ٩٨٤/١٢/٢٠السنه ٣٥ ص ٩٣٩ .

نقض ١٩٨٨/١٢/٤ ط ٤٢١٩ لسنه ٥٨ ق غير منشور .

(٣٣) نقض ١٩٩٠/٤/٢٩ الطعن ٥١/٨١٩٩ ق غير منشور .

نقض ٩٧٩/١/١٤ السنة ٣٠ ص ٩٤ نقض ٩٧٦/٣/٢٨ السنة ٢٧ ط ٣٥٩ .

(٣٤) نقض ٩٨٦/١٢/٣١ ط ٤٧٢٨ لسنة ٥٦ ق غير منشور .

نقض ٩٨٨/٥/٩ ط ١٢٣٩ لسنة ٥٨ ق غير منشور .

نقض ٨٩/٣/٢٨ ط ٥٨/٥٤٢ ق غير منشور .

نقض ٨٩/١٠/٢٦ ط ٥٨/٢٦٢٥ ق غير منشور .

نقض ٩٠/٢/٢٥ ط ٥٨/٦٧٥٤ ق غير منشور .

(٣٥) نقض ٩٨٦/١١/٤ ط ٥٦/٢٦٣٩ ق غير منشور .

نقض ١٩٨٧/١١/١٩ ط ٥٧,٣٠٥٣ ق غير منشور .

نقض ١٩٨٨/١٢/٢٥ ط ٥٧/٣٣٢٤ ق بالمجلة الفصلية المشـــار إليها نقض ٨٥/١٠/١٣ السنة ٣٦ ط ٨٨٧ .

(٣٦) نقض ٢١ يناير ١٩٨٥ السنة ٣٦ ص ١١٠ .

نقض ١٩٨٢/٣/٢٥ السنه ٣٣ ص ٤٠٠ .

(٣٧) نقض ١٩٨٩/٤/١٨ ط ٥٩/٥١٧ ق غير منشور .

(٣٨) ١٩٨٥/١١/١٤ السنة ٣٦ ص ١٠٠٧ .

نقض ١٩٨٨/١٢/١٣ ط الطعن ٦٠٤٦ لسنه ٥٨ ق « غير منشور » .

نقض ٩٨٩/٧/١٨ ط ٤٠٦٠ لسنة ٥٩ ق « غير منشور » .

نقض ٨٩/٧/٢٧ط ٥٨/١٨١١ ق « غير منشور » .

نقض ٨٩/١٠/٢٩ ط ٥٨/٣٤٩٩ ق لم ينشر .

نقض ٨٩/١٢/٣٠ط ٥٨/٥٧٨٢ ق لم ينشر .

(٣٩) نقض ٩٨٩/٤/١٨ ط ٥١٧ لسنة ٥٩ غير منشور .

(٤٠) نقض ٩٨٨/١١/٦ط ٥٨/٣٧٨٠ ق مشار بالمجلة الفصلية آنفة الذكر .

(٤١) نقض ١٤ مايو ١٩٧٩ السنه ٣٠ ص ٥٧٦ .

(٤٢) ١٩٧٦/١٠/٤ السنه ٢٧ ص ٧١٢ وكثيرة جداً هى الأحكام التى تقضى بعدم القبول شكلاً لتجاوز الميعاد بغير عذر .

(٤٣) ١٥ مايو ١٩٨٥ السنة ٣٦ ص ٦٦٠ .

(٤٤) ٢٤ أكتوبر ١٩٨٣ السنة ٣٤ ص ٨٥٦ .

(٤٥) ٣٠ إبريل ١٩٨١ السنة ٣٢ ص ٤٣٧ .

(٤٦) نقض ٢٩ أكتوبر ٩٨٩ ط ٣٥٠٣ ، ٣٥٠٤ لسن ٥٨ ق ، لم ينشر .

نقض ٤ فبراير ٩٩٠ ط ٩٩٥٩ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

ونقض ١١ فبراير ٩٩٠ ط ١٠٣٤١ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

نقض ١٨ فبراير ١٩٩٠ ط ١٠٧٤٤ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

نقض ١١ مارس ٩٩٠ طعن ٨٧٧٦ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

(٤٧) ٢٠ ديسمبر ١٩٨٣ السنة ٣٤ ص ١٠٦٢ ، ٢٩ إبريل ١٩٨٥ مجموعة السنة ٣٦ ص ٥٨٩ .

جرائم الإمتناع عن الحكم في الدعـاوى

للسيد الأستاذ
عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الاسكندرية

تمهيد وتقسيم :

سوف نعرض فيما يلى لجرائم إمتناع القضاة عن الحكم فى الدعاوى ويطلق عليها بعض الفقه جرائم إنكار العدالة وسوف نعرض لهذا الموضوع فى الفصول التالية : [١]

الفصل الأول : الحكم الشرعى لإمتناع القاضى عن الحكم فى الشريعة الإسلامية .

الفصل الثانى : جناية إمتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى .

الفصل الثالث : جنحة إمتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى .

الفصل الرابع : الأصول الإجرائية لجرائم القضاة .

الفصل الخامس : التعويض عن الأضرار الناشئة عن جرائم الإمتناع الواقعة من القضاة .

الفصل الأول

الحكم الشرعى لإمتناع القاضى عن الحكم فى الشريعة الإسلامية .

تمهيد وتقسيم :

سوف نعرض فيما يلى للحكم الشرعى لإمتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى طبقاً لأحكام ومبادىء الشريعة الإسلامية وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : الحكم فى القضية هو أهم واجبات القاضى فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الثانى : الحكم الشرعى لإمتناع القاضى عن الحكم بالقوانين الوضعية إذا كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

المبحث الأول

الحكم فى القضية هو أهم واجبات القاضى فى الشريعة الإسلامية :

لقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية من الواجبات التى يجب على القاضى أن يتقيد بها وأن يضعها نصب عينيه ، وهو يصدر الأحكام المتعلقة بأموال الناس وحقوقهم وأعراضهم ، ودمائهم ، حتى يتحقق القضاء العادل المنصف الذى يساهم فى رفع الظلم وإجتناب الجريمة من المجتمع [٢] .

فحفاظاً على نزاهة القضاء وعفته ، وحياده ، يجب على القاضى أن يسوى بين الخصوم ، وإلا يلقن أحدهم حجة وألا يمتنع عن العدالة أو ينكرها ، وأن تكون جلساته علنية وألا يبدي رأيه أو يفتى فيما يعرض عليه قبل فراغ الخصوم وألا يحكم لنفسه ولا لأقاربه [٣] وأن لا يمتنع عن الحكم فى القضايا المعروضة عليه طالما كانت مهيأة ولا يوجد مانع شرعى للحكم فيها ويجب عليه ألا يستجيب

لأى طلب مورد أو توصية للحكم على وجه معين فى القضايا المعروضة عليه [٤] وإلا كان غير أمين على الأمانة التى خلقه الله فيها .

المبحث الثانى

الحكم الشرعى لإمتناع القاضى عن الحكم بالقوانين الوضعية إذا كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

المبدأ لا يمتنع القاضى من الحكم بالقوانين الوضعية مادامت متفقة مع الشريعة الإسلامية .

ملخص القواعد الشرعية :

١ـ ليس للقاضى الذى نصبه السلطان للحكم بين الناس طبقاً للشريعة الإسلامية الإمتناع عن تطبيق القوانين الوضعية بحجة أنه لا يحكم إلا بالشريعة الإسلامية ولا يعترف بالقوانين الوضعية .

٢ـ عليه أن يحضر الجلسات وينظر القضايا التى يناط إليه نظرها مدنية كانت أم جنائية ، ويحكم فيما لا يرى أن حكمها الوضعى مخالف للشريعة الإسلامية كرد الوديعة والقرض وأداء الدين ونحـو ذلك ، ويكون مؤاخذاً بالإمتناع .

٣ ـ لا يكون مؤاخذاً إذا إمتنع عن تطبيق القانون الوضعى فى الأمور الواضحة مخالفتها للشريعة الإسلامية ، كالحكم بالفائـدة للدين ونحو ذلك .

نص الفتوى [٥]

بكتاب السيد الفاضل (م.أ) النائب العام بطرابلس والذى يعرض فيه المسألة الآتية :-

إن مستشاراً قد إمتنع عن حضـور الجلسـات المدنيـة والجنائية طالباً أن يقتصر عمله على القضايا الشرعية وعندها فى محكمة إستئناف طرابلس أربع قضايا ، علماً بأن زملائه الثلاثة من المشايخ يباشرون العمل فى دوائر الجنايات وفى الدوائر المدنية ، وحجته إنه لا يحكم إلا بالشريعة الإسلامية ، ولا يعترف بالقوانين الوضعية (المدنى والعقوبات والمرافعات والتجارى) ولا يريد أن يطبقها أو يحكم على مقتضاها ، وهى قوانين تشابه القوانين المصرية تماماً ، فما هو الرأى الشرعى فى شأن هذا المستشار الممتنع عن أداء واجبه مع قبض مرتبه بإنتظام ، وهل يؤيده الشرع فى ذلك مع إيراد المراجع الفقهية فى هذه المسألة ؟ .

- الإجابة على المسألة :

جاء فى البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٦ص٢٥٤ فى أول باب القضـاء نقـلاً عن البدائع (وفى البدائع الحكم بين الناس بالحق وهو الثابت عند الله تعالى من حكم الحادثة إما قطعاً بأن كان عليه دليل وهو النص المفسر من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع وإما ظاهراً بأن أقام عليه دليلاً ظاهراً يوجب علم غالب الرأى أو أكثر الظن ، وهو ظاهر الكتاب والسنة ولو خبر واحد والقياس ، وذلك فى المسائل الإجتهادية التى إختلف فيها الفقهاء ، أو التى لا رواية فيها عن السلف فلو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم يجز ، لإنه قضى بالباطل قطعاً ، وكذا لو قضى فى موضوع الإختلاف بما هو خارج

عن أقاويل الفقهاء لم يجز ، لأن الحق لم يعدوهم ، ولذا لو قضى بالإجتهاد فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجز ، لأن القياس فى مقابلة النص باطل ولو كان ظاهراً) ، والقضاء يتخصص بزمان ومكان وخصومة . قال صاحب الدر المختار ج٤ص.٥٣ فروع (القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة وعلق عليه أن عابدين صاحب رد المختار فى الجزء المذكور بقوله عزاء فى الأشياء إلى الخلاصة وقال فى الفتح من أول كتاب القضاء الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقوله إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها أو إذا وصلت مكة فأنت أمير الموسم والإضافة كجعلتك قاضياً فى رأس الشهر ، والإستثناء منها كجعلتك قاضياً إلا فى قضية فلان ولا تنظر كذا ، وقال صاحب الدر تتمة لكلامه السابق حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ ، ونقل عن الفتاوى الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهى المذكور ، وطاعة الإمام واجبة فيما يوافق الشرع ، قال صاحب الدر المختار : أمر السلطان إنما ينفذ ، إذا وافق الشرع وإلا فلا . أشباه من القاعدة الخامسة وفوائد شتى ، وقد أجاب صاحب تنقيح الحامدية فى السؤال على ما إذا حكم القاضى بخلاف الشرع بقوله : إذا حكم الحاكم بخلاف الشرع الشريف وأعطى بذلك حجة لا ينفذ الحكم المذكور ولا يعمل بالحجة والحالة هذه.قال تعالى : (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون) [٦] وقال عليه الصلاة والسلام " قاض فى الجنة وقاضيان فى النار " أى قاض عرف الحق وحكم به فهو فى الجنة وقاض عرف الحق وحكم بخلافه فهو فى النار ، وكذا قاض قضى على جهل على أن للسلطان أن يعزل القاضى بريبة أو بغير ريبة . نقل ذلك صاحب البحر عن الخلاصة والبزازية ، ومما سبق يتبين أن القاضى الذى ينصبه السلطان للحكم بين الناس طبقاً للشريعة الإسلامية ثم يطلب منه الحكم فى الجلسات المدنية والجنائية طبقاً للقانون الوضعى لا يكون محقاً فى إمتناعه عن حضور تلك الجلسات بحجة أنه لا يحكم إلا بالشريعة الإسلامية ولا يعترف بالقوانين الوضعية ، وذلك لأن القوانين الوضعية لا تخالف فى جملتها الشريعة الإسلامية ، بل منها ما يوافق الشريعة الإسلامية ومنها ما يخالفها ، وليس للقاضى أن يمتنع عن تطبيق القوانين الوضعية لأنها قوانين وضعية ولو كانت أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية ، بل عليه أن يحضر الجلسات وينظر فى القضايا التى يناط إليه نظرها مدنية كانت أم جنائية ، ويحكم فيما يعرض عليه منها طبقاً للقوانين الوضعية فى الأمور التى لا يرى أن حكمها الوضعى مخالف للشريعية الإسلامية ، كالحكم برد الوديعة والقرض وأداء الدين ، وكالحكم بقتل القاتل العامد ونحو ذلك ويكون مؤاخذاً بالإمتناع ، ولا يكون مؤاخذاً إذا إمتنع عن تطبيق القانون الوضعى فى الأمور الواضح مخالفتها للشريعة

الإسلامية ، كالحكم بالفائدة للدين وهى ربا محرم ، ونحو ذلك من الأمور التى إتفق الفقهاء على عدم حلها .

الفصل الثانى

جناية إمتناع القاضى عن الحكم فى الدعاوى .

اولاً: النص القانونى:

تنص المادة (٢) من قانون العقوبات على أن " كل قاضى إمتنع عن الحكم أو صدر منه حكم ثبت إنه غير حق ، وكان ذلك بناء على سبب من الأسباب المذكورة فى المادة السابقة يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ١٠٥ مكرراً وبالعزل " [٧] .

وقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ الصادر فى ١٩٥٧/٥/١٩ ، ونشر فى ١٩٥٧/٥/١٩ .

وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ ما يأتى :

ثالثاً : فى الباب الخامس من الكتاب الثانى من قانون العقوبات :

تنص المادة ١٢١ على عقاب القاضى الذى يصدر حكمه بناء على التوسط أو الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية أو يمتنع عن الحكم بسبب من ذلك بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالعزل ولما كان القانون ٦٩ لسنة ١٩٥٣ وقد إستحدث حكماً جديداً بالمادة ١٠٥ مكرراً يقضى بعقوبة السجن على الموظف العمومى الذى يقوم بعمل من أعمال الوظيفة أو يمتنع عن أدائه نتيجة ارجاء أو نحوه فقد رؤى تنسيقاً العقوبات فى الجرائم المتماثلة تعديل المادة ١٢١ بتغليظ العقاب عليها لتكون بالسجن والعزل .

ثانياً : الأركان القانونية للجريمة:

تقوم الجريمة على ركنين ركن مادى وركن معنوى .

١ـ الركن المادى للجريمة :

يتكون الركن المادى من العناصر الآتية :

١ـ عنصر مفترض هو توفر صفة القاضى فى فاعل الجريمة .

٢ـ وسلوك إما سلبى فى صورة إمتناع عن الحكم وإما إيجابى فى صورة إصدار حكم قضائى ثبت يقيناً أنه غير حق .

٣ـ قيام صلة السببية بين هذا السلوك وبين أمر أو طلب أو رجاء أو توصية تلقى القاضى أيا منها من جانب موظف عمومى .

ـ فالعنصر المفترض هو توافر صفة القاضى فى فاعل الجريمة ، والمراد به القاضى المعين من الدولة بقرار جمهورى ، وبالتالى فلا يسرى نص المادة على المحكم الذى يختاره الخصوم طبقاً للمادة ٥٠١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية [٨] .

والعنصر الثانى فى الركن المادى هو إتخاذ القاضى إما سلوكاً سلبياً فى صورة إمتناع عن الحكم وإما سلوكاً إيجابياً فى صورة إصدار حكم يثبت إنه غير حق [٩] .

ويحق التساؤل عن كيفية ثبوت أن الحكم غير حق ، فلا شك فى إنه لا يقام وإن فى هذا الصدد لرأى أى من

خصـــوم الدعوى ، كما لا يلزم إنتظار إلغاء حكم القاضى غير الحق بالإستئناف أو بالنقض .

وبالتالى إن المرجع فى ثبوت صفة الجور لحكم القاضى ، هو أولاً وأخيراً تقرير اللجنة القضائية المشكلة طبقاً لقانون السلطة القضائية للنظر فى جرائم القضاه وإذا سلمنا للجدل وحده بإحتمال وقوع هذه اللجنة فى خطأ وبإعتبارها حكم القاضى غير حق مع أنه إنتهت مراحل التقاضى بثبوت أنه على حق ، فإن هذا لا يعنى فوات الفرصة على القاضى المتهم لإثبات براءته ، إما عن طريق الطعن بالنقض فى حكم محكمة الجنايات وإما عن طريق إلتماس إعادة النظر .

ـ وقد أطلق الفقه الراجح فى مصر وفرنسا على هذه الجنايات ، إسم إنكار العدالة de'ni de Justice سواء تمثل هذا الإنكار فى الإمتناع عن الحكم بما تمليه العدالة أم فى عصيان ما يوجبه ضمير العدالة . ففى الحالتين يتنكر القاضى للرسالة الملقى بها على عاتقه وهى إقامة العدالة وضعاً لحق فى نصابه [10]

والعنصر الثالث فى الركن المادى هو أن تقوم بين ذلك السلوك السلبى أو الإيجابى للقاضى وبين أمر أو طلب أو رجاء تلقاه هذا الأخير أو توصية وجهت إليه من موظف عمومى ، صلة السبب بالسبب .

والمفهوم أن يكون مصدر الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية موظفاً عمومياً فإن كان مصدر هذه الأمور عادياً من أحاد الناس ، فإن القاضى الذى إستجاب لهذا الفرد يعاقب لا طبقاً للمادة ١٢١ التى نحن بصددها وإنما طبقاً للمادة : ١٠٥ مكرراً التى تعاقب الموظف العمومى (والقاضى صورة من صوره) على قيامه بوظيفة أو إمتناعه عن القيام بها أو إخلاله بواجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة [11] ولم تشترط المادة فى الأمور الأخيرة إن تصدر من موظف عمومى مثلماً إشترطت ذلك المادة ١٢١ بإحالتها إلى المادة ١٢٠ السابقة عليها [12] .

٢ـ الركن المعنوى للجريمة:

الركن المعنوى للجريمة هو القصد الجنائى بأن ينتوى القاضى الإمتناع عن الحكم أو إصدار حكم غير حق بناء على أمر أو طلب أو رجاء أو توصية من موظف عمومى عن علم بالعنصر الأخير وعن علم يتجاوز الأوان الذى كان واجباً أن يصدر الحكم فيه أو عن علم بصفته الجور فى الحكم الصادر فإذا إستجاب القاضى للأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية وأصدر حكماً غير حق كان جاهلاً وجه تنافيه مع الحق ، فلا بتوافر القصد الجنائى لتخلف العلم اللازم لقيامه ولا تتحقق الجريمة ومن ثم فإن الركن المعنوى لا يتوافر فى الفرض الأخير إلا إذا كان وجه الجور فى الحكم مفضوحاً إلى حد يستبعد معه أن يكون القاضى حسن النية .

ثالثاً : الطبيعـة القانونيـة للجريمة :

ـ تعتبر الجريمة فى صورتها الأولى من إمتناع عن الحكم جريمة سلبية من النوع المعروف

جريمة الحدث المتخلف والحدث المتخلف هو النطق علناً بالحكم بعد إعداده أسباباً ومنطوقاً بإستخدام ملكة الوعي والشعور في فهم الواقعة وملكة الإرادة في إنزال حكم القانون عليها .

تعتبر الصورة الثانية وهي إصدار حكم غير حق ، فالجريمة إيجابية لا سلبية .

وفي الصورتين يصدق على الجريمة إنها شكلية إذ لا يشترط القانون أن ينتج عن السلوك المكون لها ضرر أو خطر .

ولا يتصور الشروع فى الجناية فى حالة الإمتناع عن الحكم لأنه بمجرد حلول أوان الحكم دون إصدار له ، تعتبر الجريمة كاملة . ومعنى ذلك هو إنه إما أن يتحقق الإمتناع فتقع الجريمة وإما ألا يعتبر متحققاً بعد فلا تقع الجريمة أصلاً [١٣]

أما فى حالة إصدار حكم غير حق ، فالشروع متصور كما لو ضبط مفتش قضائى مسودة الحكم الجائر ولم يكن القاضى قد وقع عليهاولم يكن قد نطق علناً بالحكم [١٤] .

رابعاً عقوبة الجريمة :

١ـ عقوبة الجريمة التامة :

ـ قررت المادة ١٢١ للجريمة العقوبية المنصوص عليها فى المادة ١٠٥ مكرراً فضلاً عن عزل القاضى ، وهذه العقوبة هى السجن وغرامة لا تقل عن مائتى جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه . والمادة الأخيرة فى باب الرشوة [١٥] .

٢ ـ عقوبة الشروع فى الجريمة :

ويرى الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام أنه :

إذا وقعت الجريمة ناقصة فى صورة شروع فى إصدار حكم غير حق ، فتكون العقوبة طبقاً للمادة ٤٦ ق ع هى السجن مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر قانونياً للجناية التامة (أى مدة لا تزيد على سبع سنوات ونصف) أو الحبس وفي حالة إدانته بالسجن يكون العزل عقوبة تبعية طبقاً للمادة ٢٥ ع . أما إذا قضى عليه بالحبس أخذاً بأسباب الرأفة فلا يحكم عليه بالعزل لأن المادة ٢٧ ع إذا نصت على العزل كعقوبة تكميلية وجوبية إشترطت لذلك أن تكون الجناية الواقعة من الموظف مما نص عليه فى الباب الثالث والرابع والسادس والسادس عشر من الكتاب الثانى من قانون العقوبات . ولما كانت الجناية التى نحن بصددها منصوصاً فى الباب الخامس من الكتاب الثانى ، فلا يعمل فى صددها بحكم المادة ٢٧ ، أى لا يتقرر العزل كعقوبة وجوبية تكميلية لعقوبة الحبس [١٦] .

يضاف إلى ذلك أن الشروع فى الجناية لا يحكم فيه بالغرامة المقررة لحالة الجناية التامة ، لعدم نص المادة ٤٦ على حكم الغرامة فى الجناية المشرع فيها حين تكون الغرامة مقررة كعقوبة أساسية للجناية التامة ، فلم يبين القانون مصير هذه الغرامة حين تقع الجناية فى صورة ناقصة هى صورة الشروع .

الفصل الثالث

جنحة إمتناع القاضى عن الحكم فى الدعوى .

أولاً: النص القانونى :

إنكار العدالة يكون جنحة إن لم يكن راجحاً إلى أمر أو طلب أو رجاء ، وإتخذ صورة الإمتناع عن الحكم تباطؤ وتثاقلاً دون أى وجود لأمر أو طلب أو رجاء أو توصية [١٧] .

وقد نصت المادة ١٢٢ على أنه " إذا إمتنع أحد القضاة فى غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على مائتى جنيه مصرى ويعد ممتنعاً عن الحكم وكل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه فى هذا الشأن بالشروط المبينة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية ولو إحتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر " .

ثانياً: أركان الجريمة :-

تقوم الجريمة على ركن مادى وركن معنوى :- .

١- الركن المادى للجنحة :-

ويشــمل ركنها المــادى العناصر الآتية :-

١- عنصر مفترض فى فاعل الجريمة هو أن يكون قاضياً .

٢- صدور سلوك سلبى من القاضى فى صورة إمتناعه عن الحكم رغم كون الدعوى مهيأة للحكم فيها . دون أن يلقى من أحد أمراً بذلك أو طلباً أو رجاء أو توصية [١٩] .

٣- تحقق شرط للعقاب هو تقديم إلى القاضى طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية كى يصدر حكمه ومع ذلك يصر على إمتناع إصداره .

فلا تقع الجريمة إلا من قاض إذ حددت المادة فاعلها بإنه أحد القضاة [٢٠] .

والعنصر الثانى فى الركن المادى سلوك سلبى من جانب القاضى هو إمتناعه عن إصدار الحكم . ولا يتحقق الإمتناع عن إصدار الحكم إلا منذ اللحظة التى صار فيها هذا الإصدار واجباً لصيرورة الدعوى مهيأة لتكوين الرأى فيها وقبل هذه اللحظة لا يتصور حدوث إمتناع عن الحكم ، كما أنه إذا تحقق هذا الإمتناع عقب صلاحية الدعـوى للحـكم فيها، يتعين ألا يكون راجعاً إلى أمر أو طلب أو رجاء أو توصية ، وإلا تحققت الجناية المعاقب عليها فى المادة ١٢١ السابق الكلام عليها .

والعنصر الثالث فى الركن المادى يتطلب فى الإمتناع عن الحكم أن يظل هذا الإمتناع قائماً رغم تقديم صاحب المصلحة طلباً إلى القاضى الممتنع بأن يصدر حكمه خلال أجل معين ، ومع ذلك ينقضى هذا الأجل دون إستجابة من جانب القاضى .

ولا يجدى القاضى التعلل بأنه لا يوجد نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر .

لأنه إذا كان القاضى جنائياً ولم يجد نصاً فى القانون يتعين عليه بالبداهة أن يسارع بإصدار حكمه ببراءة المتهم . وإذا كان القاضى مدنياً لم يجد فى القانون المدنى نصاً ، تلزمه الفقرة الثانية من المادة الأولى فى هذا القانون بأن يصدر رغم ذلك حكمه بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد . فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة

وإذا كان النص غير واضح ، تعين على القاضى جنائياً كان أم مدنياً أن يفسره على هدى أساليب التفسير المنطقى لأحكام القانون [٢١] .

وليس للقاضى أن يحتج بأى أمر آخر تحرجه من أن يؤذى حكمه شعور شخص عزيز عليه . فالواجب عليه فى مثل هذه الحالة أن يتنحى كى يفصل فى الدعوى قاض آخر غيره ، لا أن يبقى على الدعوى معلقة مع إنها مهيأة للفصل فيها .

٢ـ الركن المعنوى للجنحة :

الركن المعنوى للجريمة ، فهو القصد الجنائى كنية وكوعى بالملابسات التى تطلب القانون إحاطتها بالسلوك كى تكون الجريمة . ومن ثم فإنه إذا اعتقد القاضى جدياً افتقار الدعوى إلى عنصر لازم كى يكوّن عقيدته فيها مع أن هذا اللزوم غير قائم إلا فى مخيلته ، لا تتوافر الجريمة فى حقه معنوياً على الرغم من قيامها مادياً وإذا كان القانون يعاقب على الإمتناع المتعمد عن إصدار الحكم فإنه لا يقر بتوافر جريمة ما فى الإمتناع الأرعن .

ثالثاً: طبيعة الجريمة :

هذه الجريمة من الجرائم السلبية ومن نوع هذه الجرائم المسمى بجريمة الحدث المتخلف . وسبق لنا منذ برهة بيان المقصود بذلك .

وهذه الجريمة سلبية ، وشكلية لكون القانون لا يستلزم فى الحدث المتخلف أن ينشأ عن تخلفه أو يتشكل خطر .

كما أن السلوك السلبى المكون للجريمة ، يعتبر سلوكاً ذا مضمون نفسى هو الإمتناع عن إظهار إرادة يتطلب القانون إبداءها هى إرادة إعمال حكم القانون فى موضوع الدعوى حسماً لها .

وهذه الجريمة لا تقبل الوقوع على صورة ناقصة هى الشروع إما أن يتحقق الإمتناع فتقع الجريمة كاملة وإما ألا يتحقق فلا تقع جريمة ولا وسط بين الأمرين

رابعاً: عقوبة الجريمة :ـ

نصت المادة ١٢٢ على عقوبة الجريمة محددة إياها بالعزل وغرامة لا تزيد على مائتى جنيه ، وهذه عقوبة جنحة [٢٢]

الفصل الرابع

الأصول الإجرائية للجرائم الواقعة من القضاة

ـ نطاق الحماية الإجرائية للقضاة فى القانون المصرى .

قرر المشرع المصرى قواعد إجرائية خاصة بالقضاة لأول مرة بموجب " قانون إستقلال القضاء " الصادر فى ١٠ يوليو ١٩٤٣ . فقد كان القضاة قبل هذا التاريخ خاضعين للقواعد العامة فى التحقيق والمحاكمة عن الجرائم التى تنسب إليهم [٢٣] ومنذ ذلك التاريخ والمشرع يفرد حصانة إجرائية للقضاة نص عليها فى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ والقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ثم القانون الحالى للسلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

ولم يتضمن الدستور المصرى نصاً خاصاً بالمساءلة الجنائية للقضاة عما قد يقع منهم من جرائم ، إذ إقتصر على النص على المسئولية التأديبية وحدها وذلك فى المادة ١٦٨ منه التى تقرر " وينظم القانون مساءلتهم ـ أى القضاة ـ تأديبياً " .

وقد ورد النص على الحصانة الإجرائية للقضاة فى المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ الصادر فى أول أكتوبر ١٩٧٢ [٢٤] حين نصت على أنه :

" فى غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضى وحبسه إحتياطياً إلا بعد الحصول على إذن من اللجنة المنوص عليها فى المادة ٩٤ [٢٥] .

وفى حالات التلبس يجب على النائب العام عند القبض على القاضى وحبسه أن يرفع الأمر إلى اللجنة المذكورة فى مدة الأربع والعشرين ساعة التالية وللجنة أن تقرر إما إستمرار الحبس أو الإفراج بكفالة أو بغير كفالة وللقاضى أن يطلب سماع أقواله أمام اللجنة عند عرض الأمر عليها .

وتحدد اللجنة مدة الحبس فى القرار الذى يصدر بالحبس أو بإستمراره وتراعى الإجراءات سالفة الذكر كلما رئى إستمرار الحبس الإحتياطى بعد إنقضاء المدة التى قررتها اللجنة .

وفيما عدا ما تقدم لا يجوز إتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى أو رفع الدعوى الجنائية عليه فى جناية أو جنحة إلا بإذن من اللجنة المذكورة وبناء على طلب النائب العــام .

ويجرى حبس القضاة وتنفيذ العقوبات المقيدة للحرية بالنسبة لهم فى أماكن مستقلة عن الأماكن المخصصة لحبس السجناء الآخرين [٢٦] .

وتنص المادة ٩٥ من القانون المشار إليه على أنه " إستثناء من أحكام الإختصاص العامة بالنسبة إلى المكان ، تعين اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة (م/٩٤) بناء على طلب النائب العام المحكمة التى يكون لها أن تفصل فى الجنح والجنايات لتى تقع من القضاة ولو كانت غير متعلقة بوظائفهم [٢٧]

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من قانون السلطة القضائية على أنه " يترتب حتماً على حبس القاضى بناء على أمر أو حكم وقفه عن مباشرة أعمال وظيفته مدة حبسه " .

والحكمة من هذه النصوص حماية القاضى عن عسف السلطة التنفيذية أى تطبيقاً لمبدأ الحصانة القضائية وهم قضاة المحاكم ومستشارو الإستئناف والنقض طبقاً للدستور والقانون والسلطة القضائية [٢٨] .

وظاهر من النص ـ بالنسبة لرفع الدعوى ـ إنه لا يجوز رفعها على القاضى فى جناية أو جنحة إلا بإذن من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية ، أما المخالفات فقد أستبعدت لتفاهتها .

أما بالنسبة لإجراءات التحقيق فى الجناية المتهم فيها قاض ، فرق الشارع بين حالة التلبس وغيرها ، ونوضح ذلك فيما يلى :

أولاً : فى غير حالات التلبس لا يجوز إتخاذ أى إجراء ضده شخصياً كالقبض عليه وحبسه إحتياطياً وتفتيش منزله وإستجوابه أو تكليفه بالحضور إلا بإذن اللجنة المذكورة إنما يجوز إتخاذ باقى الإجراءات

الآخرى كسماع شهود أو ندب خبير أو إجراء معاينة متصلة بشخصه .

ثانياً: فى حالة التلبس يجوز القبض على القاضى وحبسه إنما يجب رفع الأمر من النائب العام إلى اللجنة فى مدة الأربع والعشرين ساعة التالية لتقرير إستمرار الحبس أو الإفراج بكفالة أو بغير كفالة ، وللقاضى أن يطلب سماع أقواله أمام اللجنة عند عرض الأمر عليها ومتى صح التفتيش بغير رجوع إلى اللجنة .

ورفع الأمر إلى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ للإذن بالقبض والحبس وإستمراره فى الجنايات والجنح موكول إلى النائب العام (٢٩)

تحديد المحكمة المختصة بمحاكمة القضاة فى مصر:

نصت المادة ٩٥ من قانون السلطة القضائية على أنه " إستثناء من أحكام الإختصاص العامة بالنسبة للمكان تعين اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة (مجلس القضاء الأعلى حالياً) بناء على طلب النائب العام المحكمة التى يكون لها أن تفصل فى الجنح أو الجنايات التى تقع من القضاة ولو كانت غير كتعلقة بوظائفهم " ، وهكذا يبدو أن المشرع قد خرج على القواعد العامة التى تحكم الإختصاص المكانى رغبة فى ألا يحاكم القاضى أمام المحكمة التى يعمل بها أو يعمل فى دائرتها خشية أن تجرى محاباته من جانب من يتولون النظر فى دعواه أو أن يكون فى ذلك مساس بكرامة وهيبة السلطة القضائية بصفة عامة أمام سمع وبصر جمهور المتقاضين (٣٠)

الفصل الخامس

تعويض الاضرار الناشئة عن جرائم الإمتناع التى تقع من القضاة فى مصر .

نظم المشرع سبيلا لمقاضاة القضاة ، هو سبيل المخاصمة ، فأوضح حالاتها وبين إجراءاتها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (المواد ٤٩٤-٥٠٠) تحت عنوان " مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة " (٣١) ولم يرد نص فى قانون الإجراءات الجنائية بشأن مخاصمة القضاة إكتفاء بالقواعد فى قانون المرافعات ، ومن المتفق عليه أن هذه القواعد تسرى على القاضى الجنائى كما تسرى على القاضى المدنى دون تفرقة بينهما فى هذا الشأن (٣٢) وتهدف دعوى المخاصمة إلى كشف إنحراف القاضى . عن واجبه وترتيب أثره بالنسبة لبطلان الحكم وتقرير المسئولية المدنية للقاضى (٣٣) وكذلك الشأن أيضاً بالنسبة لعضو النيابة العامة فيما يقع منه متصلاً بعمله .

وسوف نعرض للحالة التى يشكل فيها ما وقع من القاضى أو من عضو النيابة العامة جريمة إمتناع وحالة من حالات المخاصمة إذا كان ما وقع هذا متصلاً بعمله لبيان الطريق أمام من أصابه ضرر إلى تعويضه ، فى هذه الحالة يكون علي المضرور أن يترقب خطى النيابة العامة بحيث إذا ما تقدمت بطلب الإذن من المجلس الأعلى للقضاء وتحركت الدعوى الجنائية كان له أن يقيم مدعياً مدنياً وفق القواعد العامة المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية ، أما إذا لم

تتقدم النيابة بطلب إذن أو رفضه لمجلس القضاء الأعلى أو لم يأذن برفع الدعوى فيكون للمضرور ، والحال هكذا ، أن ينبع طريق المخاصمة على النحو المبين فى قانون المرافعات المدنية والتجارية [٣٤] وغنى عن البيان أن المضرور من الجريمة لا يمكنه أن يحرك الدعوى الجنائية بنفسه عن طريق الإدعاء المباشر [٣٥]

فإذا كان ما وقع من القاضى أو من عضو النيابة يشكل جريمة لا صلة لها بعمله ، ولا تنشىء بالتالى حالة من حالات المخاصمة فللمضرور من الجريمة أن يدعى مدنياً بالتبعية للدعوى الجنائية إذا ما تحركت وفق الشروط والأوضاع المقررة فى قانون السلطة القضائية والتى سبق بيانها تفصيلاً [٣٦] أما إذا لم تتحرك الدعوى الجنائية فيكون للمضرور أن يقيم دعواه فى التعويض أمام القضاء المدنى وفق القواعد العامة . ولا يكون فى هذه الحالة أيضاً أن يحرك الدعوى الجنائية بطريق الإدعاء المباشر .

ويعتبر السبيل الأكثر ضماناً لحقوق المجنى عليه هو سبيل الإدعاء المدنى أمام المحكمة الجنائية التى تتحرك الدعوى العمومية ضد القاضى أو عضو النيابة العامة أمامها ذلك أن المخاصمة طريق عسير من الناحية العملية لأن فرص قبول دعواها نادرة فى التطبيق بحيث صارت سبيلاً إلى حماية القضاة لا إلى مقاضاتهم [٣٧]

إذا دعتكم قدرتكم على الناس إلى ظلمهم . فاذكروا قدرة الله عليكم .

« امير المؤمنين عمر بن عبد العزيز »

(١) أنظر فى تفصيل هذا الموضوع كتابنا جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ١٩٩٠ .

(٢) أنظر فى كتابنا جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات ص ٣٧٠ الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية الطبعة الأولى ١٩٩٠ ، وقد عرضنا فيه بالتفصيل لجريمة الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية .

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى فن الحكم فى الإسلام ص ١٠٠ والدكتور محمد عبد الرحمن البكر السلطة القضائية وشخصية القاضى فى النظام الإسلامى .

(٤) راجع لنا فى خصائص المحقق الجنائى كتابنا التحقيق الجنائى العملى فى لشريعة الإسلامية والقانون الوضعى وأنظر لنا فى أصول التحقيق كتابنا التحقيق الجنائى الفنى والبحث الجنائى الناشر المكتب الجامعى الحديث بالأسكندرية .

(٥) المفتى فضيلة الشيخ حسن مأمون - س٧٨ - م٢١٤ - ص ١٩٣ - ٢٦ ربيع الثانى ١٣٧٦ ﻫ - ٢٩ فبراير ١٩٧٦م .

(٦) من الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة . أنظر لنا فى هذا الشأن كتاب التحقيق الجنائى العملى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى . الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالأسكندرية وأنظر لنا كذلك أصول أعمال النيابات والتحقيق الجنائى الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية توزيع دار النهضة العربية بالقاهرة .

(٧) قدر الغرامة معدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٤/١٤ ونشر فى ١٩٨٢/٤/٢٢ ، وكان قبل التعديل خمسين جنيهاً مصرياً .
راجع ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تحت المادة ٢٠ .

(٨) د. رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٩) ومن البديهى إنه للقول بوجود إمتناع عن الحكم يجب أن تكون الدعوى قد إكتملت العناصر اللازمة للحكم فيها ، أى تكون مهيأة للحكم طبقاً لتعبير قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أنظر فى تفصيل هذا الموضوع كتابنا . جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات ص ٢٧ وما بعدها الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

(١٠) يلاحظ إن المادة المقابلة فى قانون العقوبات الفرنسى وهي المادة ١٨٥ تتناول فرض إمتناع القاضى عن الحكم إشارة إلى فرض إصداره حكماً غير حق ، وحتى ذلك الفرض تشترط المادة لعقاب على إمتناعه أن يظل مصراً عليه رغم التنبيه عليه بإصدار الحكم من جانب رؤسائه ، أنظر كتابنا جرائم الرمتناع فى قانون العقوبات ص ٢٧٦.

(١١) الدكتور رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٢٤٥ .

(١٢) العقوبات طبقاً للمادة ١٠٥ مكرراً السجن وغرامة لا تقل عن مائتى جنيه ولا تزيد على خمسمائة .

(١٣) كما إذا كانت الدعوى لم تتهيأ بعد للحكم إذ ينقصها لتكوين الرأى فيها أمر لم يتوافر بعد .

(١٤) د. رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائى : وقد جرت العادة على أن يفحص المفتش القضائى القضية المحكوم فيها فعلاً وبالتالى فإنه من النادر أن يفحص ملف قضية لم يحكم فيها بعد ، ما لم يتعهد ذلك للتحقيق من صدق شائعة أثيرت حول القاضى .

(١٥) تنص المادة ١٠٥ مكرر من قانون العقوبات على أن " كل موظف عمومى قام بعمل من أعمال وظيفته أو أخل بواجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائتى جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه" .

(١٦) وقد يقول قائل المادة ١٢١ إذ نصت على العزل بصدد الجناية التامة يكون مفهوماً أن الحكم به واجب حتى فى الجناية الناقصة أى المشروع ، وإن كان القاضى الثابت فى حقه هذا الشروع ، يعزل تأديبياً بغير حاجة إلى عزل له فى حكم محكمة الجنايات . د. رسيس بهنام الراجع السابق ص ٢٤٧ وهامشها .

(١٧) فلا جريمة فى واقعة إصدار حكم غير حق وإنما إستقلالاً عن أى أمر أو طلب أو رجاء أو توصية ومن ثم فلا يكون على ضحية هذا الحكم سوى أن يطعن فيه بالطرق التى رسمها القانون .

(١٨) يعاب على النص كما قرر الدكتور رمسيس بهنام أنه قدم فى عبارته العزل وهو عقوبة تكميلية على الغرامة ، مع أن هذه هى العقوبة الأصلية ، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية ص ٢٤٩ وهامشها .

(١٩) أنظر لنا جرائم الإمتناع المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها.

(٢٠) ومن ثم لا يدخل فى مدلوله الحكم .

(٢١) الدكتور رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائى . راجع لنا فى أساليب التفسير المنطقى كتابنا التصرف فى التحقيق الجنائى وطرق الطعن فيه الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

(٢٢) راجع لنا بشأن التجريم فى قوانين المخدرات كتابنا " التجريم والعقاب فى قوانيين المخدرات الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

(٢٣) أنظر د. محمود مصطفى فقرة ٧٤ ص ١٠٢ .

(٢٤) إذا تضمن قانون السلطة القضائية نصوصاً تنظم الإجراءات الواجب إتباعها أمام القضاء أعتبرت هذه النصوص مكملة لقانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص فيه . د. مأمون سلامة . فقرة ٨ ص ٢٠ .

(٢٥) وهذه اللجنة تتكون من رئيس محكمة النقض واحد نوابها ورئيس محكمة إستئناف القاهرة الأذن لغة هو الموافقة على الشىء بعد العلم به ، فيقال أذن بالشىء أى علم به ، ويقال فعله بإذنى أى بعلمى ، ومنها الأذان أى الأعلام بالأمر ، ويعنى أيضاً ،

ويعني أيضاً أذن بالشيء أي إباحة له وأجازه وإستأذنه أى طلب منه الأذن ، أنظر المتحدة فى الإعلام ص ٩١٥ .

والأذن إصطلاحاً هو إجراء يصدر من جهة معينة تعبر به عدم إعتراضها والسماح بالسير فى إجراءات الدعوى الجنائية ضد شخص معين ينتمى جريمة معينة أرتكبت ضدها .

(٢٦) تقابل المادة ١٠٦ من قانون السلطة القضائية السابق رقم ٣ ٤ لسنة ١٩٦٥.

(٢٧) تقابل هذه المادة ١٠٥ من قانون السلطة القضائية السابق راجع الدكتور عبد العظيم وزير الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين ص ١٠٣ .

(٢٨) ينص الدستور عن إن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة وينص على أن القضاة غير قابلين للعزل على الوجه المبين بالقانون .

(٢٩) قمنا بتفصيل هذا الموضوع فى المحاضرة التى ألقيناها على رجال القضاء والنيابة العامة فى فرنسا بمبنى وزارة العدل بباريس يوم ١٩٩٠/١/٥ ، كما عرضنا للمسئولية التأديبية لأعضاء مجلس الدولة فى مصر فى محاضرة آخرى ألقيناها على السادة مستشارى مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٩٠/١٢/٢٨ .

(٣٠) د. أحمد فتحى سرور : الوسيط فى قانون الإجراءات ص ٧٢٩ ، د. حسنى المرصفاوى الإجراءات .. ص ٢٩٤ وهامش ٤٢ وهذا المعنى قضى بأن علة هذا النص هى البعد بمحاكمة القاضى عن المكان الذى إقترف فيه جريمته أو ضبط فيه أو يقيم فيه .. ، محكمة أمن الدولة العليا ، أول إبريل ١٩٨٥ .

(٣١) أنظر د. رؤف عبيد الإجراءات ص ٦١١ وما بعدها ، د. رمسيس بهنام : الإجراءات الجنائية فقرة ٨٦ ص ٢٣١ .

(٣٢) أنظر د. محمود مصطفى : الإجراءات فقرة ص ٧٣. ٧٤ .

(٣٣) د. رمسيس بهنام المرجع السابق فقرة ٩٠ ص ٢٩١ وأنظر إستئناف المنصورة ٣٠ يناير ١٩٧٨ الإستئناف رقم ١٣٩ لسنة ٩٤ ق مجلة إدارة قضايا حكومة س ٢٢ عدد ٢ ص ٢٩٧ .

(٣٤) د. أحمد فتحى سرور : جريمة الإهمال فى أداء الوظيفة ص ١٥٣ ، د. رمسيس بهنام : المرجع السابق . أنظر لنا جرائم الإمتناع المرجع السابق ص ٢٨٩ .

(٣٥) د. رؤف عبيد ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٣٦) د. محمد محى الدين عوض : الإجراءات ٤٧ ص ٤٣ .

(٣٧) د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق ص ٤٥٣ د. محمود مصطفى الإجراءات ص ٧٣ .

علاقة الموظف بالادارة
بين اللائحية والتعاقدية
دراسة فى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى

للسيد الاستاذ
د . حسنى درويش عبد الحميد
المستشار المساعد لمجلس الدولة

تمهيد وتقسيم :

أثارت طبيعة العلاقة بين الموظف والادارة جدلاً فى الفقه والقضاء ففى بادئ الأمر ، اتجه الفقه - فى صدد تكييف تلك العلاقة - إلا انها علاقة تعاقدية . وقد أستعار الفقه نتائج أعمال مبدأ - العقد شريعة المتعاقدين . وطبقها - على تلك العلاقة .

وقد هجر الفقه هذا التكييف لما أظهره التطبيق من نتائج تتعاوض مع مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

وفى محاولة لتجنب مساوىء هذا التكييف ، تبنى الفقه فكرة المركز النظامى أو اللائحة للموظف وهو ما يعرف بالنظرية اللائحية أو النظامية ، وعلى نحو ما هو آت فى موضعه .

ولقد استقر الفقه والقضاء على تطبيق هذا التكييف ردها طويلا من الزمن ، بل لا نغالى اذا قلنا أن هذا التكييف غدا من قبيل المسلمات فى الفكر الإدارى الحديث ، حتى أصبح مجرد إثارة فكرة التعاقدية فى صدد العلاقة بين الموظف والإدارة أو طرحها للمناقشة ، يلقى معارضة شديدة .

واذا كنا من أنصار هذه النظرية . الا ان بعض الظروف والاعتبارات العملية ، فرضت نفسها وأثرت بدرجة ملحوظة ، على هذه العلاقة .

وبدأت بعض الاصوات تنادى بتطبيق فكرة التعاقدية فى بعض تصرفات الادارة تجاه موظفيها بما لا يخل بفكرة اللائحية وفى حدودها . وقد بدا ذلك واضحاً فى صدد قرارات الادارة بالترقية أو النقل المصحوب بمزايا مادية ، إذ يتقدم الموظف الذى حل عليه الدور للترقية أو صدر قرار بنقله (نقل مكانى) محصوباً بمزايا مادية ، يقر فيه بعدم رغبته فى الترقية أو النقل .

وهنا يثور تسأول مؤداه ، هل يجوز للموظف النزول عن ترقيته أو تعيينه أو القرار الصادر بنقله وما أثر ذلك النزول فى شرعية القرار الادارى ؟

وأخيراً ما أثر ذلك النزول على طبيعة العلاقة النظامية أو اللائحية التى تربط الموظف بالادارة ؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات ، تنقسم دراستنا - فى هذا الصدد - على النحو التالى :

فصل تمهيدى : طبيعة علاقة الموظف بالادارة .

فصل اول : تعريف النزول عن الحق فى الفقه والقضاء .

فصل ثان : اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسى

فى صدد فكرة النزول عن الحقوق التى تولدت من القرار الادارى .

فصل ثالث : إتجاهات الفقه والقضاء المصرى فى صدد فكرة

النزول عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى .

فصل رابع : نظرة جديدة فى شأن طبيعة علاقة الموظف بالإدارة ونتناول الموضوعات المتقدمة على التفصيل الآتى .

فصل تمهيدى :

طبيعة علاقة الموظف بالإدارة

أثار هذا الموضوع جدل شديد فى الفقه والقضاء فإتجه الرأى ـ فى بادئ الأمر ـ الى تكييف العلاقة بين الموظف والادارة على أنها رابطة تعاقدية فى نطاق القانون الخاص . ومدأر هذا الرأى أن الموظف فى مركز تعاقدى فى علاقته مع الادارة .

وبالتالى لا يختلف مركز الموظف عن مركز العامل أو الأجير فى عقد العمل الفردى فالأمر ، مرده فى النهاية الى العقد .

وهذا النظر والقياس فى شأن تكييف علاقة الموظف بالادارة غير صحيح فلقد أدى ظهور المبادئ الاساسية الضابطة لسير المرافق العامة التى تقوم عليها نظريات القانون الإدارى الحديث ، بالفقه والقضاء الى العدول عن ذلك النظر والتكييف ، كما ان التعمق أدى الى هجر تلك النظرية السطحية من الوجهة الشكلية [1]

أما من الوجهة الموضوعية ، فان مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين يخرج على القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ، لان الادارة فى ظله لا تستطيع أن تمس مركز الموظف أو تعدل فيه ، الا بموافقة الموظف نفسه الطرف الآخر فى التعاقد . واذا كان هذا التكييف فى صالح الموظف ، فإنه لا يحقق المصلحة العامة .

كما اتجه رأى آخر الى أعتبار علاقة الموظف بالإدارة علاقة تعاقدية ، فى نطاق القانون العام وأستهدفت هذه الوجهة من النظر تحويل الإدارة ـ فى مواجهة المتعاقد على سلطات واسعة لتحقيق الصالح العام بحيث لا تقيدها الإعتبارات المستمدة من قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين .

وهذه الوجهة من النظر بدورها منتقدة ، إذ أنه مازال للطرف الآخر فى العلاقة حقوق يستمدها من العقد ، تتعارض مع القواعد الضابطة لسير المرافق العامة بانتظام واقراد .

وأزاء عجز النظرية التعاقدية بشطريها عن تحقيق النتائج التى تطلبها أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة ، فقد حل مكانها فكرة المركز النظامى أو اللائحى للموظفين .

ومقتضى هذا الرأى ، فان الوظائف تنشئها القوانين فتخدد حقوقها وواجباتها ، بصرف النظر عن شاغليها وما قبول الموظف الا مجرد خضوع احكام الوظيفة بحقوقها وواجباتها . ويترتب على هذا المركز النظامى للموظفين ان قرارات التعين والنقل والترقية هى قرارات ادارية تصدر من الادارة وحدها ودون مشاورة من الموظف .

قد جرى قضاء المحكمة الادارية العليا على ان علاقة الموظف بالحكومة هى علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح ، ومركز الموظف هو مركز قانونى عام يجوز تعديله وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، ورد ذلك الى أن الموظفين هم عمال المرافق العامة ، وبهذه المثابة يجب أن يخضع نظامهم القانونى للتعديل والتغيير وفقا لمقتضيات المصلحة العامة . ويتفرع عن ذلك أن التنظيم الجديد

يسرى على الموظف بأثر حال من تاريخ العمل به ، ولكنه لايسرى بأثر رجعى بما من شأنه اصدار المراكز القانونية الذاتية التى تكون قد تحققت نتيجة لتطبيق التنظيم القديم على حالة الموظف إلا ينعى خاص فى قانون يقرر الأثر الرجعى [٢] .

ومن ناحية أخرى ، أن قواعد القانون الخاص تهدف أساساً الى معالجة مصالح فردية خاصة على أساس التعادل بين أطرافها ، ولذا كان لمشيئتهم واتفاقاتهم أثرها الحاسم فى ترتيب المراكز القانونية وتعديلها ، وكانت قواعد القانون الخاص ، الا ما يتعلق منها بالنظام العام غير آمرة بجواز الاتفاق على ما يخالفها على حين ان قواعد القانون الادارى تهدف أساساً الى معالجة مراكز تنظيمية عامة لا تعادل فى المصلحة بين أطرافها ان المصلحة العامة فيها لا تتوازى مع المصلحة الفردية الخاصة ، بل يجب ان تعدو عليها .

ومن ثم تميز القانون الإدارى بان قواعده . أساسا قواعد آمرة وان للادارة فى سبيل تنفيذها سلطات استثنائية تستلزمها وظيفتها فى ادارة المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام وأفراد وانه حتى كان تنظيم القانون للروابط الادارية ينظر فيه الى المصلحة العامة ، فلا يجوز الاتفاق على ما يتعارض مع تلك المصلحة ، وان انشاء المراكز التنظيمية العامة أو تعديلها أو الغائها يجب أن يتم على سنن القانون وفقاً لأحكامه ، وانه ليس لاتفاق الطرفين ان كان مخالفا للقانون أثر فى هذا الشأن والا لتعارض ذلك مع مبدأ المشروعية الموضوعية الذى يقضى بان الاتفاق التعاقدى لايجوز أن يؤثر فى المركز التنظيمى .

وهذه نظرة موجزة عن طبيعة العلاقة بين الموظف والإدارة .

فصل أول

تعريف النزول عن الحق فى الفقه والقضاء

من المسلمات فى فقه القانون الإدارى ، أن القرار الإدارى ينشئ أحيانا حقوقا ومراكز شخصية droits subjectifs وعلى سبيل المثال قرارات التعيين والترقية وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ... الخ .

وهذه القرارات تنشئ حقوقا لفرد أو لأكثر ، ولكن التنازل الفردى عن الحق أو المزية التى تتولد من تلك القرارات لا يقصد به التنازل فقط عن الحقوق التى تولدت عن القرار ، بل هو فى جوهره رفض جامع شامل rejet global للقرار الإدارى فى مجموعة أحكامه ونصوصه ، أو بمعنى أدق ، هو تنازل عن الحالة statut أى المركز القانونى الذى يسند إلى الفرد نتيجة تطبيق المركز النظامى عليه .فعلى سبيل المثال ، إذا صدر قرار بتعيين شخص فى وظيفة عامة ، وصدر قرار التعيين مستكملا شرائطه القانونية ، ومن جهة الاختصاص ، ثم رفض صاحب الحق قبول الوظيفة المعين فيها .

فالفرد حينئذ فى الحقيقة ، يتنازل عن مجموع الحقوق والإلتزامات التى تولدت له من قرار التعيين الذى صدر تطبيقا للقوانين واللوائح المنظمة لذلك .

وشرحا لما تقدم ، نرى أن قرار التعيين يشمل فى حد ذاته مجموعة متكاملة ومتجانسة من

الحقوق والالتزامات ، وتتمثل هذه الحقوق ، كما هو معلوم ، فى المرتب والعلاوات والترقيات والمكافآت وهى المزايا المالية والأدبية للوظيفة ، وتتمثل الالتزامات فى الانقطاع لخدمة الإدارة أو المرفق العام والاضطلاع بالأعباء والمسئوليات التى تتطلبها الوظيفة ومسئوليتها التأديبية أو الجنائية عن أخطائه الوظيفية وغير الوظيفية وهى التى لا تنسب للمرفق الذى يعمل فى خدمته ، وهذا هو الجانب الآخر فى الوظيفة .

ولكن المتأمل فى هذا ، يرى أن التنازل بهذه الصورة يصطدم بعدة قيود ، وأولى هذه القيود ، أشار إليها بحق مفوض الحكومة long [٣] حيث يرى أن هناك تناقضا عميقا بين فكرة التنازل وبين نظرية القرارات الإدارية ، وذهب إلى أن القرار الإدارى ليس محلا لتطبيق فكرة التنازل فى شأنه ، وأن هذه الفكرة تتعارض وعناصر السلطة العامة Puissance Publique ، والقوة الملزمة التى للقرارات الإدارية la force obligatoire .

ومن رأينا أن ما ذهب إليه مفوض الحكومة ـ Long وإن كان متسقا مع المسلم به من أن القرارات الإدارية تمثل مظهرا لسلطان إرادة الإدارة لما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، ييسر قبول القول بعدم قابليتها لتطبيق فكرة التنازل ، إلا أننا لا نقبل هذا القول على إطلاقه ، ذلك أن هذا الرأى ، يعارض ما استقر عليه القضاء والفقه الإدارى من قبول هذه الفكرة فى نطاق القرارات الإدارية .

كما أننا نجد فى بحثنا ، ما يؤيد هذا القول ، ومع جواز قبول تطبيق فكرة التنازل* عن الحق فى نطاق القرارات الإدارية ، إلا أنه بإمعان النظر ، نجد أن تطبيق هذه الفكرة يصطدم بصعوبات وعقبات فنية .

وينبغى أن نتعرف فى البداية على كنه فكرة التنازل فى القانون العام . فذهب الفقيه Blumann إلى القول بأنه [٤] وسيلة إرادية يتنازل بموجبها صاحب الشأن عن حق يتعلق به ، وأنه ذو أثر مباشر وفعال فى إنهاء الحق وزوال آثاره من التنظيم القانونى .

فالتنازل وفقا لهذا التعريف ، يعتبر سببا من أسباب انقضاء القرارات الإدارية ، وأنه يعد وسيلة إرادية بموجبها تنازل صاحب المصلحة عن حق يتعلق به ، فعن طريقه ينتهى القرار وتزول آثاره .

ومن جانبنا نرى ، أن التنازل هو تصرف قانونى ، بمقتضاه يتخلى شخص عن حق تولد له بمقتضى القرار وذلك بإرادته المنفردة ، ويؤدى ذلك إلى التأثير فى وجود القرار ذاته ، وتتدخل الإدارة لإثبات التنازل وإنهاء آثار القرار بأثر رجعى فالتنازل ، وفقا لهذا التعريف أو ذاك ، ينبغى ألا يؤخذ على إطلاقه ، بل ينبغى تحديد نطاق هذه الفكرة ، وهل تتناول القرارات الفردية والقرارات اللائحية أم أنها مقصورة على الأولى دون الأخيرة ؟

يقتضينا المنطق القانونى التعريف بالقرار الإدارى لتوضيح دور إرادة الفرد فى إنشاء أو إنهاء القرار الإدارى .

فالقرار الإدارى ـ وفقا لما استقر عليه قضاء محكمتنا الإدارية العليا ـ هو عمل قانونى غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة

من جانب إحدى سلطات الإدارة ، ويحــدث بذاتــه آثــارا قانونيــة معينة ، متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا واقتضته المصلحة العامة (٥) .

فمن العناصر الأساسية فى القرار الإدارى ، أنه تعبير عن إرادة منفردة للإدارة .دون مساهمة أو اشتراك من جانب أصحاب الشأن فى إصداره ، وهكذا حال الأفراد فى شأن نشأة القرار . وللإدارة حــق إنهــاء القرارات الإداريــة مــن خــلال الوسائل القانونية التى تملكها ، ومنها سلطة الإلغاء الإدارى بإنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل ، أو السحب بإعدام القرار بأثر رجعى من وقت نشأته ، على نحو ما سنوضحه فى موضعه ، والأفراد أصحاب المصلحة غرباء تماما فى هــذا النطــاق (٦) وإن هاتين الوســيلتان محجوزتــان للإدارة فقط .

ومن ناحية أخرى ، فإن غالبية القرارات الإدارية تولد حقوقاً ومزايا للأفراد أصحاب المصلحة ويتنازل الفرد عن هذه الحقوق وتلك المزايا لا ينهى القرار فى حد ذاته للاعتبارات سالفة الذكر . إلا أن مما ينبغى التنويه إليه ، أن رضاء صاحب الشأن بالتنازل عن تلك الحقوق والمزايا التى تولدت له من القرار الإدارى سينعكس بالضرورة على وجود القرار فى حد ذاته ، ويمكن إعتباره شرطاً لزوال القرار ونهايته .

ويتضح مما تقدم ، أن مسألة رضاء صاحب الشأن بالتنازل عن الحقوق والمزايا التى تولدت له من القرار ، تحوى اعتبارين أساسين:

الاعتبار الاول : أصحاب المصلحة فى شأن إصدار القرار وانقضائه غربــاء وبالتــالى فإن إرادتهــم منعدمة فى هذا الخصوص

الإعتبار الثانى : ومــؤداه أن القــرارات الإداريــة يتولد عنها حقــوق أو مزايا للأفراد ، ورضاء أصحاب الشأن بالتنازل عن تلك الحقوق والمزايا تؤثر بطريق غير مباشــر على وجــود القــرار فى ذاتــه .

وفى ضــوء الإعتباريــن السابقين يقتضينا المنطق التفرقة بين القرارات التنظيمية (اللوائح) وبين القرارات الفردية ، ودور إرادة الفرد المحدودة التأثير (غير المباشر) فى وجود القرار ذاته وانقضائه .

اولا : فيما يتعلــق بالقــرارات التنظيمية (اللوائح) :

من الثابت أن اللوائح تولد مراكــز قانونيــة عامــة ومجــردة ولا يتولد عنها حقوق ذاتية ، وأنه ليس لاحد أن يدعى بوجود حق مكتسب تولد له من اللائحة ، لأنها ليست معدة أصلا لإنشاء حقــوق .

وبناء على القاعدة السابقة فإن اللوائح لا يرد عليها التنازل ، وإذا تصادف وجود حالة تنازل عن مثل تلك القرارات ، لا يلتفت إليه لمخالفة ذلك للقاعدة التنظيمية .

ونخــلص مــن هــذا ، إلى استبعاد اللوائح من دائرة التنازل للاعتبارات سالفة الذكر .

ثانيا : فيما يتعلق بالقرارات الفردية :

أما فيما يتعلق بالقرارات الفردية ، فالقاعدة كما أشرنا ، أنها تصدر بإرادة الإدارة المنفردة

ولا تعول فى إصدارها على إرادة الأفراد ، فالمستفيد من القرار غريب (أجنبى) فى فترة إعداده ونشأته .

فبتحليل القرار إلى عناصره الرئيسية ، يتضح أن عنصرى الشكل والأختصاص ، هما المظهر الخارجى للقرار ، بأن يفرغ القرار فى الشكل الذى يتطلبه القانون ، وأن يصدر من جهة الاختصاص ، فالفرد فى هذا النطاق غريب تماما وليس له أى دور فى هذا المجال ، ومرجع ذلك إلى ، أن الشكل والاختصاص من الأمور المقررة بموجب القانون [٧] أما فى شأن العناصر الأخرى للقرار (المحل والسبب والغاية) ، فالسبب والمحل هما العنصران اللذان تتمتع الإدارة فى شأنهما بسلطة تقديرية ولا تخضع لرقابة القضاء الإدارى ، إلا إذا تجاوزت حدود سلطتها ، وشاب تصرفها عيب إساءة استعمال السلطة ، أما عنصر الغاية وهو النتيجة النهائية التى تسعى جهة الإدارة إلى تحقيقها ، وهو الهدف الذى ترمى إلى تحقيقه فى كافة تصرفاتها وقراراتها الإدارية ، وهى مم تخرج عن نطاق دائرة إرادة الأفراد

هذا فيما يتعلق بإصدار القرار من جانب الإدارة ، ووضح أن إرادة الأفراد منعدمة تماما فى شأن زوال القرار وانقضاء آثاره ، فهذا مقرر لجهة الإدارة بموجب وسيلتين رئيستين :

الوسيلة الأولى : الإلغاء ، وتهدف الإدارة من هذا السبيل إلى إنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل مع بقاء آثاره فى الماضى سليمة .

الوسيلة الثانية : السحب ، وهو طريق يؤدى إلى إعدام القرار وآثاره منذ نشأته ، أى بأثر رجعى والنتيجة التى نخلص إليها ، هى أن مسألة التنازل تثور فى نطاق القرارات الفردية ، وإنه بتنازل صاحب الشأن عن الحق الذى تولد له يؤدى إلى التأثير فى وجود القرار ذاته (بطريق غير مباشر) ، وليس كافيا (بطريق مباشر) لإنهاء القرار أو زواله .

ويثور بصدد ما انتهينا إليه ، عدة تساؤلات ، تهدف فى مجموعها إلى وضع الحدود والضوابط لفكرة التنازل وتأصيلها فقهاً وقضاءً :

الأول : مؤداه هل من الجائز قانونا تنازل المستفيد عن الحقوق والمزايا التى تولدت له من القرار الفردى ؟ وهو تساؤل أساسى ونشير فى عبارة موجزة ، إلى أن تنازل الفرد فى حد ذاته غير كاف insuffisamment لإنهاء القرار وزوال آثاره القانونية التى تولدت عنه . وأن تدخل الإدارة يصبح ضروريا من أجل إثبات تنازل الأفراد وإعمال آثاره القانونية .

الثانى : ما هى الوسيلة الفنية ، التى يمكن للإدارة من خلالها إنهاء القرارات الإدارية التى تنازل أصحاب الشأن عن الحقوق التى تولدت لهم من تلك القرارات ؟

والثالث والأخير : مؤداه هل تنازل الفرد صاحب المصلحة عن الحق الذى تولد حق القرار قابل للعدول عنه revocable من جانب المتنازل ؟

وسنجيب بالتفصيل والتأصيل عن تلك التساؤلات فى المواضع التالية :

فصل ثانى

اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسى فى صدد فكرة النزول عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى

توحدت اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسى فى صدد المسأله المعروضة . بيد أن الخلاف أحتدم فى صدد المسائل الاتية :

الاولى : أساس شرعية التنازل

الثانية : مبررات تفضيل أسلوب السحب على غيره من الوسائل القانونية فى صدد أنهاء أثار المركز القانونى التولد عن القرار الإدارى

الثالثة : أساس عدول صاحب الشأن عن تنازله .

وفى ضوء ما تقدم تتقسم دراستنا فى هذا الصدد ـ على النحو التالى :

المبحث الاول : قانونية التنازل من الحقوق التى تولدت من القرار الادارى .

المبحث الثانى : السحب هو جزء التنازل عن القرار الادارى .

المبحث الثالث : القابلية للندول هى السمة المميزة لفكرة التنازل عن القرار الادارى .

ونتناول الموضوعات المتقدمة على التفصيل الأتى :

المبحث الاول

قانونية التنازل عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى

La Liceite de la renonciation a un acte administratif

فى الحقيقة أن مسألة التنازل عن الحقوق والمزايا التى تولدت من القــرار الفردى كانت موضع نقاش فى القضاء والفقة الفرنسى وقد نشأت هذه الفكرة ، أول ما نشأت من خلال التطبيقات المتنوعة للقضاء الإدارى هناك فمجلس الدولة الفرنسى ، قد أشار فى مناسبات عديدة إلى مشروعية التنازل عن الحقوق التى تولدت من القرار الفردى

تتناول دراستنا فى هذا المقام المطلبين التاليين :

المطلب الاول : الاعتراف بشرعية التنازل عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى الفردى .

المطلب الثانى : أســـاس مشروعيــة التنــازل عن القــرار الإدارى .

المطلب الاول

الاعتراف بشرعية التنازل عن قرار إدارى فردى

La renonciation de a liceite de la renonciation a un acte administratif

فى الواقــع ، أن معظــم التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسى فى شأن التنازل ، برزت فى مجالين مختلفين : وكان المجال الأول هو المجال الأساسى لتطبيق هذه الفكرة ، بينما لم يكن المجال الثانى على نفس الدرجة فى التطبيق ، بل إنه أخذ فى التلاشى وأوشك على ذلك .

فالمجال الاول : يتعلق بالوظيفة العامة La fonction publique

المجال الثانى : يتعلق بقرارات نزع الملكية (الاستيلاء أو المصادرة-Lexpropriation ou requisitions

وينقسم المجال الاول بدوره إلى قسمين :

الاول : تنازل الأفراد أصحاب الشأن عن الحقوق التى تولدت لهم من قرارات التعيين أو الترقية فى نطاق الوظيفة العامة .

الثاني : يتناول موضوع الترقيات الشرفية والتى اصطلح على تسميتها ordre honori-fique وهو مجال محدود بالنظر إلى مثيله ، وهذا النظام فى القانون الفرنسى فى طريقه إلى الاندثار أو يكاد ، وعلى كل حال، فهذا النظام غريب عن نظامنا القانونى ولا نحبذ قيامه فى المستقبل .

والمجال الثانى : نجد معظم تطبيقاته ، تصدر فى نطاق القرارات الخاصة بمنح الإعانات للأفراد . وقرارات الاستيلاء على مسكن للانتفاع به .

وفى ضوء ما تقدم ، يمكن التمييز بين تطبيقات التنازل وذلك بالنظر لمضمونه أو موضوع القرارات ذاتها ، أو بمعنى آخر ، قرارات التعيين فى الوظيفة العامة ،

والقرارات الخاصة بمنح الإعانات والانتفاع بالمسكن عن طريق شغله الذى تتم بطريق الاستيلاء .

ونقسم دراستنا هذا الموضوع إلى النقاط التالية :

١ـ التنازل عن قرار التعيين فى الوظيفة العامة .

٢ ـ التنازل عن المنح أو الإعانات المادية .

الفرع الأول

التنازل عن قرارات التعيين فى الوظيفة العامة

La renonciation a nomination

من استقراء أحكام القضاء الإدارى الفرنسى ، لوحظ أن معظم تطبيقاته لفكرة التنازل مقصورة على قرارات التعيين أو الترقية فى نطاق الوظيفة العامة

من تلك التطبيقات ، ما يتعلق بالتعيينات أو الترقيات الشرفية ، وهى تطبيقات نادرة إذا قيست بمثيلاتها ، وسوف نشير إلى تطبيقاتها بالقدر المناسب . فالتطبيقات الغالبة كما أشرنا ، فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، تتعلق بالتنازل عن قرارات التعيين أو الترقية . وبالنظر إلى التنازل فى حد ذاته ، فقد لاحظنا أنه قد يكون غير مشروط assorite dune condition . والمتتبع لأحكام القضاء ، يلاحظ أن القضاء قد اعترف بشرعية التنازل المشروط وغير المشروط . ومن أحكام القضاء فى شأن التنازل غير المشروط ، حكمه فى قضية Brandestetter [٨] وتتلخص فى أنه بتاريخ ١٩٢١/٦/٢٣ صدر مرسوم بتعين السيد Brandestetter مديرا إقليميا للبريد والتلغراف والاتصالات اللاسلكية : P . T لمدينة مرسيليا ، وبتاريخ ١٥ من فبراير ١٩٢٢ أرسل كتابا لجهة الإدارة يفصح فيه عن رغبته فى التنازل عن تعينه فى الوظيفة المنوه عنها والتى سبق أن قبلها ، وقد قضى المجلس فى حكمه ، بان المستفيد من القرار قد مارس حقه كاملا فى التنازل بدون قيد أو شرط ، وأن تنازله نهائى وبات فى شأن عدم الاستفادة من قرار التعيين فى تلك الوظيفة (وسنعرض للحكم بالتفصيل فى موضوع آخر) . وقد برز هذا الاتجاه أيضا فى حكم المجلس فى قضية Bolelli [٩] حيث قضى ، بأن الطاعن قد تنازل عن قرار تعيينه فى وظيفة محصل ضرائب متنوعة بالجزائر . وتأكد فى حكم حديث لمجلس الدولة فى قضية (Casanov) [١٠] وفيها قضى بأن الطاعن قد تنازل

عن وظيفة قاض احتياطى للمصالحات Juge de paix Suppieant بدون قيد أو شـرط .

فالمستفاد من قضاء المجلس فى تلك الفترة أنه قبل شرعية التنازل عن قرارات التعيين فى الوظائف العامة .

وقد توسع القضاء فى تطبيق فكرة التنازل ، وذلك فى حكمه فى قضية السيد Anglade [11] وهذه القضية قد أثارت نوعاً من الاهتمام ، يجدر بنا أن نشير لوقائعها بشئ من التفصيل . ونخلص فى أنه بتاريخ ٥ من يولية ١٩٥٧ صدر قرار من مدير مقاطعة Sine martime بتعيين الســيد Anglade طبيــب عيـون Ophtolomolgiste لمســتشفيات Hauvre بمدينة Rouen وقد أرسل خطابا لجهة الإدارة المختصة بعدم إمكانه الالتحاق بوظيفته ، لعدم تدبير مسكن له فى جهة عمله ، وذلك لإقامته الدائمة بمدينة باريس ، وقد أخطرته جهة الإدارة بأنها بصدد تدبير مســكن ملائم له ، إلا أنــه أصـر على عــدم الالتحاق بوظيفته مادام لم يدبر المسكن فأصدر مدير مقاطعة السين قرارا بسحب قرار تعيينه ، فطعن المذكور فى قرار السحب أمام المحكمة الإدارية لمدينة Rouen ملتمسا إلغاء قرار المدير بسحب قرار تعيينه . وقد قضت المحكمة بإلغاء قــرار المدير لانطوائه على عيب استعمال السلطة ، فطعن المدير بالاستئناف أمام مجلس الدولة ، ملتمسا إلغاء المحكمة الإدارية لمدينة Rouen واستند فى طعنه إلى أن المطعون ضده قد تنازل عن قرار تعيينه ، وقد قضى المجلس بإلغاء قرار المحكمة الإدارية ، تأسيسا على أن المطعون ضده قد تنازل بدون قيد أو شرط عن قرار تعيينه وأنه يعتبر فى حكم من لم يصدر أصلا قرار بتعيينه .

وقد أشار مفوض [12] الحكومة Tricot فى تقريره فى القضية المذكورة إلى أن جهة الإدارة تتمتع بسلطات كاملة ، وحرية فى مواجهة السيد Anglade وذلك نتيجة موقفه الأخير ، بإثارته صعوبات وافتعاله أزمات مع الإدارة ، بتنازله كمحاولة للضغط عليها من أجل الحصول على مسكن ، وأن الإدارة استندت فى سحب قرار تعيينه إلى اعتبار أنه قد تنازل عن الاستفادة من قرار التعيين ، وأنه يمكن عند الاقتضاء توقيـع جزاءات تأديبية ضده .

وقد علق الفقيه Basset [13] فى رسالته « القرار المضاد فى القانون الفرنسى » بأن تصرف السيد Anglade ما هو إلا مناورة Tactique للحصول على مسكن . وفى الحقيقة ، أنه من خلال استعراض وقائع تلك القضية ، يتضح أنها أثارت عدة نقاط فى غاية الأهمية :

الأولى : أن السيد Anglade لم يفصح صراحة أو ضمنا عن عزمــة على التنــازل عن قـــرار تعيينه .

الثانية : أن هـــذا التنــازل ، لو صح القول ، يمكن اعتباره تنازلا مشروطاً بتدبير مسكن له للأقامة فيه بجهة عمله ، ولو صح ذلك لكـــان تنازلــه معلقا على (شرط فاسخ) .

الثالثة : إنه من الصعوبة بمكان ، تحديد تاريخ تنازل صاحب الشأن عن قرار نعيينه ، حيث أنه لم يفصح لا صراحة ولا ضمنا عن تنازلــه .

واخيراً : فهل لجهة الإدارة توقيع جزاءات تأديبية ضد المذكور لإرغامه على الالتحاق بالوظيفة ، وهل تملك إصدار قرار فصله ؟ وأجاب الفقيه Basset [14] على هذا السؤال بقوله : « إنه بالنسبة لقرارات التعيين التى صدرت سليمة صحيحة ورفض أصحاب المصلحة قبول التعيين فيها وتسليمهم لأعمال الوظيفة ، فإن وسيلة إنهائها يكون عن طريق سحب قرارات التعيين بأثر رجعى ، أما فى حالة قبول الوظيفة فإن إلغاءها يكون بقرار مضاد وذلك بإنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل » .

والجانب الآخر من تلك التطبيقات ، وهو المتعلق بالتنازل عن قرارات التعيين الشرفية (مرتبة الشرف)

(Legion dhonneur decoration)

وقد قضى مجلس الدولة أيضا ، فيما يتعلق بهذا النوع من القرارات ، بصحة التنازل وذلك فى حكمة فى قضية Augé [15] وهذا الحكم ، يعد تتويجا لما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسى ، فى شأن تأكيده للشروط الدقيقة المتعلقة بتطبيق نظرية السحب ، ويخلص فى أنه بتاريخ ٢٧ من فبراير ١٩٥٦ ، صدر قرار بترقية السيد Augé إلى حامل رتبة (جوف) الشرف من طراز كوماندر Commandeur de la l'egion d'honneur غير أنه قد أبرق ، بعد مضى بضعة أشهر من تاريخ ترقيته ، إلى جهة الإدارة معلنا تنازله عن الترقية ، إلا أنه عاد وعدل عن تنازله قبل أن تحدد الإدارة موقفها من هذا التنازل ، ومع هذا فقد أقدمت جهة الإدارة على سحب قرار الترقية ، فطعن المذكور فى قرار الإدارة أمام مجلس الدولة ملتمسا إلغاءه لتجاوز السلطة .

وقد حكم المجلس بعدم شرعية قرار السحب ، وقضى بإلغائه ، وجاء فى حيثيات الحكم « أنه من الثابت ، أن المرسوم المؤرخ فى ٢٧ من فبراير ١٩٥٦ قد صدر سليما خاليا من العيوب التى تشوب القرارات الإدارية وتجعله معرضا للطعن بالإلغاء عن طريق القضاء وبهذه المثابة يولد حقوقا ومزايا للأفراد أصحاب الشأن ، وبالتالى لا يجوز إلا فى حالة التنازل من قبل صاحب الشأن عن حقوقه المقررة بمقتضى المرسوم المذكور » [16]

والمستفاد من هذا القضاء ، أن التنازل عن الحق أو المزية ، هو المبرر الذى يجيز للإدارة سحب قراراتها . وأن عدول صاحب الحق عن تنازله قبل أن تحدد الإدارة موقفها منه يوصد أمامها السبيل لسحبه .

وترتيبا على هذا الحكم ، فإنه يمكن ، أن نصوغ مبدأ مؤداه ، أن لصاحب الحق الناشئ عن قرار إدارى ، أن يعدل عن تنازله فى الاستفادة من الحق أو المزية ، شريطة أن يكون هذا العدول منه قبل أن تحدد الإدارة موقفها على ضوء تنازله الأول ، وذلك على نحو ما سنفصله فى ختام دراستنا واستطرادا لتطبيقات القضاء الفرنسى فى شأن التنازل عن قرارات التعيين أو الترقية الشرفية ، ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه فى قضية Maistre [17] وهى تختلف فى ظروفها عن قضية Auge السابق الإشارة إليها ـ ومبنى هذا الاختلاف أن السيد Maistre لم يتنازل عن قرار ترقيته ،

La légion d'honneur ولكن طالب الإدارة بإرجاء تاريخ توليه الوظيفة إلى تاريخ لاحق ، وقد أسس طلبه هذا ، على أن ظروف تقليده الوظيفة وما يصاحبها من احتفالات غير موانية ، فالإدارة قد فسرت هذا الطلب منه بأنه تنازل عن الترقية ، فقامت بسحب قرارها بالترقية وقد حكم المجلس بالغاء القرار وأسس قضاءه على أن الطاعن لم يتنازل عن ترقيته فى أى وقت من الأوقات ، بل طالب الإدارة بإرجاء توليه مقاليد الوظيفة المرقى إليها لوقت ملائم يتناسب مع هذه المناسبة . ومن المفيد أن نعرض لوقائع هذه القضية ، باختصار ، وذلك لتأكيدها على شروط إعمال نظرية السحب على نحو ما سنفصله فى موضعه .

وتلخص فى أنه بتاريخ ٣ من مايو ١٩٦٣ صدر قرار بترقية السيدMaistre بصفة شرفية La legion d'honneur وفى ١٣ من يوليو ١٩٦٣ بعث بخطاب للإدارة يطلب فيه ، إرجاء تنفيذ تقليده هذه المرتبة الشرفية ، وبعد مضى أكثر من عام ، وفى ٢٦ من نوفمبر ١٩٦٤ أصدرت الإدارة قرارا بسحب قرار ترقيته . فتظلم السيد Maistre لدى وزير الحربية بتاريخ ١٩٦٤/١٢/١٥ ، مؤسساً تظلمه ، على أن الإدارة لا تملك سحب قرار ترقيته ، وقد رفض تظلمه إستنادا إلى أن قرار الترقية لا يولد حقوقا مكتسبة لصاحب الشأن ، بالإضافة إلى أن إعلان قبول صاحب الشأن للمركز القانونى يعد إجراء جوهريا بتحققه يولد القرار آثاره ، علاوة على ، أعتبار الخطاب الذى أرسله صاحب الشأن يعتبر تنازلا منه عن قبول الوظيفة ، وأن هذا الموقف يبيح لجهة الإدارة سحب قرار التعيين اعتبارا من تاريخ استلام الوظيفة .

ولكن من التأمل ، أنه لا يوجد فارق بين الوضعين . فالثابت قضاءً أن القرار يولد آثاره القانونية ، فى مواجهة الأفراد اعتبارا من تاريخ توقيع القرار من مصدره [18] وأنه يمتنع على جهة الإدارة سحبه أو الغاؤه ، ولكن القرار لا يحدث أثره فى التنظيم القانونى ، إلا ابتداء من تاريخ تقليد الموظف لمهام الوظيفة وأعبائها [19] .

فالقرارات التى من هذا القبيل تولد آثارها اعتباراً من تاريخ صدورها ، وينطبق فى شأنها القواعد والشروط المتعلقة بسحب القرارات الإدارية من عدم سحبها ، إلا إذا كانت مشوبة بعيب عدم المشروعية ، وأن يتم السحب فى المواعيد المقررة فى هذا الشأن ، على ما سنرى فى موضعه .

وهذا القول يدحض ما ذهب إليه وزير الحربية ، من ادعائه بأن قرارات التعيين التى من هذا القبيل لا تولد حقوقا مكتسبة لصاحب الشأن .

وفى ضوء هذا الحكم الذى خالف ما استندت إليه جهة الإدارة فى رفضها لتظلم صاحب الشأن فى أن قرار التعيين لا يولد حقوقا مكتسبة لصاحب الشأن فقد يبدو واضحا أننا بحاجة إلى تحديد اللحظة التى يولد فيها القرار حقا و ميزة للأفراد .

إن قضاء مجلس الدولة قد تردد طويلا فى الاجابة عن هذا السؤال ، الا أنه قد استقر مؤخرا فى حكمه فى قضية Delle Mottei [20] على أن القرار

الإدارى يولد حقوقا ومزايا من تاريخ توقيعه من مصدره وبدءا من هذه اللحظة فإن الإدارة لا تملك سحبه ، وبالطبع يشترط أن يكون القرار سليما غير مشوب بعيب من عيوب عدم المشروعية والإ جاز سحبه من مصدره أو من السلطة الرئاسية ، على ما سنرى فى موضعه .

وأهمية هذا الحكم تأتى من أن نص ٤٨ من تقنين La legion d"honneur تقضى بأن المراسيم المتضمنة للتعيين والترقية لا تنتج آثارها إلا اعتبارا من تاريخ استلام الوظيفة [٢١] .

وفارق كبير بين أن القرار يولد آثاره ، فى مواجهة الأفراد ، اعتباراً من تاريخ توقيعه من مصدره ، وبين أن يولد القرار آثاره من تاريخ قبول الوظيفة .

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسى قد سوى فى الحكم بين الحالتين المشار إليهما ، فى حكمة فى قضية Touche بتاريخ ٦ مايو ١٩٥٦ [٢٢] حيث قضى بأن قرارات التعيين أو الترقية الشرفية لا يجوز سحبها إلا اعتباراً من تاريخ توقيعها من مصدرها .

هذا الحكم يتعلق بنهاية القرار الإدارى عن طريق سحبه ، وبالمقابل فإن القرار يعتبر نافذاً من لحظة توقيعه من مصدره .

وهذه هى نقطة إلتقاء بين بداية نشأة القرار ونفاذه بإحداث آثاره فى مواجهة الأفراد ، وبين بداية الفترة التى تستطيع الإدارة خلالها سحب قرارها الباطل .

وهذا القول يتفق والقواعد العامة المتعلقة بنفاذ القرارات الإدارية ، وبهذا الحكم يكون المجلس قد سوى بين نظامى التعيينات والترقيات فى الوظيفة العامة ونظام التعيينات والترقيات الشرفية ، فى خصوص نشأة ونهاية القرارات الصادرة فى هذا الخصوص .

ونخلص فى النهاية ، إلى أن التعيين فى الوظيفة ، وإذا كان قرار التعيين قرارا فرديا من الوجهة الشكلية ، أو وفقا للمفهوم التقليدى للقرار الإدارى ، فما هى القيمة القانونية لقبول الموظف أو رفضه ، ولا يمكن أن نهمل إرادة الشخص المعين إذ أن أحدا لا يلزم رغما إرادته أن يكون موظفا عموميا ، حيث إن الوظيفة مساهمة اختياره فى المرافق العامة [٢٣]

الفرع الثانى

التنازل عن

المنح أو الإعانات المادية

الإعانة ، هى منح الفرد مزية مادية نتيجة نظام اقتصادى ، أو اجتماعى معين وفى هذه الصورة يتنازل الفرد عن مزية مادية تقررت له بموجب النظم الأقتصادية أو الاجتماعية السائدة .

وقد ميز الفقيه Blumann [٢٤] دور الإدارة فى شأن تقرير تلك المنح . فقد تكون موافقة الإدارة مباشرة ، كما فى حالة تقرير إعانة تقاعد Pension retraite للموظفين ، وقد يكون دور الإدارة متواضعا ، كما فى حالة المعونة بمعرفة شخص آخر requisition de logement كحالة الاستيلاء على مسكن .

وقد أقر القضاء بشرعية التنازل عن المعاش الذى يمنح للمتقاعد بتنازله عن الاستفادة من هذه الإعانة . وهذا ما انتهجه قضاء مجلس الدولة فى حكمه فى قضية Desfour [٢٥] وتخلص وقائعه فى أن السيد Desfour

شطب من عداد قوات الجيش العاملة فى عام ١٩٤١ وقد قبل تسوية معاشه ، وفى عام ١٩٤٩ تنازل عن معاشه الذى كان قد سبق أن قبله ، وبعد مضى فترة وجيزة ، إلتمس من الإدارة إصدار قرار جديد بإعادة تقدير معاشه وفقاً لأسس حسابية جديدة .

وقضاء المجلس قبل الاعتراف بشرعية التنازل وفقاً لتوجيه مؤداه « أنه يشترط فى التنازل ، عدم الإضرار بالحقوق المكتسبة لصاحب الشأن ، والغير » [٢٦] .

أما فى الحالة الثانية ، وتعنى بها ، الحالة التى لا تمارس الإدارة فى شأنها إلا دوراً متواضعاً حيث يتطلب مشاركة الغير .

مثال ذلك : قرار نزع الملكية للمنفعة العامة ، فهذا القرار يصدر وفقاً لإجراءات محددة ، والصورة المطابقة لتلك الحالة ، هى حالة الاستيلاء على مسكن بموجب الأمر المؤرخ فى ١١ من أكتوبر ١٩٤٥ ، والجدير بالذكر ، أن هذا الأمر قد اختفى وتلاشت آثاره القانونية ، ولم يعدله وجود فى النظام القانونى الفرنسى .

ومن التطبيقات الحديثة لقضاء المجلس فى هذا الشأن ، والتى أكدت مشروعية التنازل من جانب المستفيد من الاستيلاء Ordre de requisition حكم المجلس فى قضية Ministre de la construction [٢٧] والتنازل بالصورة السابقة يشير إلى عدة صعوبات ، ومحصلتها ، أن المستفيد بتنازله عن أمر الاستيلاء ، إنما يتخلى عن الحقوق والالتزامات التى نشأت له بمقتضى هذا الأمر . ولكن المستفيد ليس الشخص الوحيد الذى يتعلق به أمر الاستيلاء ، ولكن ينشئ القرار حقوقا والتزامات لآخرين .

ونستخلص ، من دراسة أحكام قضاء مجلس الدولة ، نتيجتين هامتين :

الأولى : أن المجلس قد أقر بدون تردد ، شرعية التنازل عن الحقوق والمزايا التى تولدت للأفراد أصحاب الشأن من القرار .

الثانية : أنه قبل أيضا دون مناقشة ، بعض صور التنازل ، فإنه قبل فىّ آن واحد التنازلات الشكلية الصريحة وتنازلات شكلية أقل وضوحا وتنازلات مشروطة .

وفى ضوء هذه الصعوبات ، فإن القاضى الإدارى ، يمارس دوراً واضحاً فى تلمس تلك الصعوبات ذات الأهمية فى موضوع التنازل ووضع الحلول المناسبة لها .

المطلب الثانى

اساس مشروعية التنازل عن القرار الإدارى

Le fondement de la liceite de al renonciation a un acte administratif

فرغنا فى المبحث السابق ، من استعراض موقف القضاء الفرنسى فى شأن التنازل عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى ، حيث انتهى إلى تقرير حق ذوى الشأن فى التنازل عن الحقوق التى تولدت لهم من القرارات الإدارية .

فما هو أساس شرعية التنازل وأسبابه ودوافعه ؟

فى الحقيقة يتنازع هذا الموضوع نظريتان :

النظرية الأولى : تقليدية وهى تقوم على تبريرين .

التبرير الأول : مبناه أن التنازل عنصر فى عملية مركبة ، تشكل كلاً لا يتجزأ .

والتبرير الثانى : مؤداه أن التنازل ينصب بصفة أساسية على الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى ، دون مساس بالقرار فى ذاته .

أما النظرية الثانية : قال بها الفقيه Blumann فى رسالته « التنازل فى القانون الإدارى » وجوهر هذه النظرية يقوم على إعتبار أن التنازل عن القرار الإدارى من جانب الأفراد ذوى الشأن فى ذاته خال من القوة والقيمة القانونية depourvue de valeur juridique ، وأنه يؤدى بذاته إلى إنهاء القرار وزوال آثاره من التنظيم القانونى ، بل لابد من تدخل الإدارة لإنهاء آثار القرار .

وسنعرض لهاتين النظريتين تباعا .

الفرع الأول

النظرية التقليدية

وهذه النظرية كما سبق أن نوهنا ، تقوم على تبريرين أساسيين :

التبرير الأول : يرتكز على فكرة إنتفاء ذاتية التنازل عن القرار الإدارى الذى يستند إليه أو بمعنى آخر ، اعتبار التنازل عنصراً فى إطار عملية مركبة ، يندمج فيها ويصبح جزءاً منها .

والتبرير الثانى : يقوم على اعتبار التنازل ينصب بصفة أساسية على الحقوق والمزايا التى تتولد من القرار الإدارى .

وسنعرض لهذين التبريرين فيما يلى .

المسألة الأولى

التنازل عنصر

فى

عملية قانونية مركبة

La renonciation est un element d'une operation complexe

أشرنا سلفا إلى أن هذا التبرير ينظر إلى التنازل باعتباره عنصراً فى عملية قانونية مركبة يندمج فيها ويصبح كلا لا يتجزأ ، وأن هذا العنصر من العناصر الأساسية التى يتوقف عليها نفاذ القرار وسريانه ، فإذا تخلف هذا العنصر يصير القرار غير نافذ ولا يؤثر فى التنظيم القانونى القائم . وأن عنصر التنازل يذوب فى العملية القانونية ، وينصهر فيها ، وتختفى ملامحه ومقوماته ، ويظهر فى صورة العملية المركبة .

وقد صور الفقيه peiser [٢٨] فى تعليقه على حكم المجلس فى قضية Maistre ، ما انتهى إليه القضاء ، فى شأن التعيينات والترقيات بقوله : « إن القضاء ، قد استقر فى شأن القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بالتعيينات والترقيات ، على أن نفاذها معلق على شرط قبولها من ذوى المصلحة ، أى معلقة على شرط فاسخ » .

فالقاعدة ، أن القرارات الفردية تنتج آثارها من تاريخ صدورها ، ومنها ما يتوقف على قبول ذى المصلحة ، وفى هذه الحالة الأخيرة ، يمكن اعتبارها معلقة على شرط قبولها أو رفضها من جانب صاحب المصلحة ، ووفقا لهذا التصور ، يمكن القول بأن التنازل يعتبر عنصرا فى عملية قانونية إدارية متكاملة ، ويعد التنازل هو العنصر الغالب والمؤثر

فيها أيضا ، وبالتبعية ، فإن قبول المركز القانونى المتولد من القرار الإدارى أو رفض قبوله (أى التنازل) يعتبر شرطا لشرعية العملية الإدارية بأكملها .

وهذا التبرير يثير بالقطع مسألة القيمة القانونية لقبول المركز القانونى المتولد عن القرار الإدارى من قبل ذى المصلحة .

وهذا التساؤل أثير فى أول الأمر ، فى شأن التعيين فى الوظيفة العامة ، فى نطاق القانون الإدارى .

وقد انتهى الفقه الفرنسى ، كما أشرنا فى موضعه إلى رأى قاطع ، بأن قرار التعيين فى الوظيفة العامة ، هو من القرارات الإدارية الفردية ، ويعلق نفاذه على شرط فاسخ ، أى شرط قبول المعين للوظيفة .

وقد أشار الفقيه بلومان (٢٩) إلى أن قرار التعيين فى الوظيفة العامة معلق على شرط قبول أو رفض صاحب الشأن للوظيفة المعين فيها ، وأنه فى خلال تلك الفترة يعتبر قرار غير نهائى ، ويصور بأنه اقترح بالتعيين Propositioh de nomination وقبول أو رفض صاحب الشأن لايؤثر فى شرعية القرار .

وهذا التكييف ، يتفق مع القاعدة ، التى تقضى بأن القرارات الإدارية تنتج آثارها القانونية من تاريخ صدورها ، وأن قبول التعيين فى الوظيفة يدخله فى نطاق نظام قانونى جديد تحكمه القوانين واللوائح المتعلقة بالوظيفة العامة satut de la fontion pubique ولكن فى الحقيقة ، أن القانون الوضعى الفرنسى ، يفتح الباب أمام الفرد للتحلل من هذا المركز بعدم قبوله أو تنازله عن قرار تعيينه .

فى ضوء ما تقدم ، يمكن الحكم على تنازل الفرد عن قرار تعيينه بأنه عملية قانونية مستقلة عن قرار التعيين ذاته .

وهذه التبريرات والتفسيرات ، تركت المسألة الأساسية دون حل ألا وهى أساس شرعية التنازل .

المسألة الثانية

التنازل عن القرار الإدارى فى حقيقته تنازل عن الحقوق والمزايا التى تولدت من القرار

La renonciation à un acte est une renonciation aux droits nes de l'acte

تلقف البعض (٣٠) ، فكرة الحقوق والمزايا التى تتولد من القرار الإدارى ، ووجدوا فى ثناياها تبريراً لشرعية التنازل عن القرار الإدارى .

ومنطق هذا التبرير يقوم على حقيقة واقعية ، مبناها أن غالبية القرارات الفردية يتولد عنها حقوق ومزايا لأصحاب المصلحة وأن هذه الحقوق وتلك المزايا ، هى المنطقة التى يجرى فيها التنازل ، وهذا التبرير يفرق بين أمرين جوهريين .

الأمر الأول : هو القرار الإدارى ذاته .

الأمر الثانى : هو المتعلق بالآثار القانونية التى تتولد من القرار الإدارى .

الأمر الأول : هو المتعلق بالقرار الإدارى ذاته :

يقوم هذا الجانب ، على اعتبار أن التنازل لا ينصب على القرار الإدارى ذاته ، للاعتبارات السابقة ومنها اعتبار أن الأفراد أصحاب الشأن هم فى حكم الغرباء étrangers عن القرار الإدارى فى نشأته وحياته وزواله ويتفادى بذلك الانتقادات السابقة .

الأمر الثانى : مبناه أن التنازل ينصب على الحقوق والمزايا التى تتولد عن القرار الفردى :

فالحقوق المكتسبة التى تتقرر للموظف نتيجة تطبيق المركز النظامى عليه تطبيقاً فردياً ، يمكن أن يتنازل عنها ، بشرط أن يتم ذلك بمحض إرادته دون إلزام من قبل الإدارة .

ووفقاً لهذا التصـــور ، فالفرد بإمكانه أن يتنازل عن حقوقه الشخصية المالية Droits subjec-tifs patrimons ، وهذ القول فى حد ذاته يبدو مقبولا ولا يثير إشكالا ، ولكن المتأمل فى هذا التبرير يجد أنه يصطدم باعتبارات معينة منها :

أولا : أن هذا المعيار ليس كافيا بذاته لتسوية المشكلة فى مجموعها ، إذ أن شرعية التنازل مرهونة بالحقوق التى يمكن أن تتولد من القــرار ، وهذا التبرير لا يفسر لنا حالة التنازل عن القرار الفردى المنشئ لحق والمعلق على شرط . وأيضا يخرج من هذا التبرير حالة القرارات التى لا تولد حقوقا وهى لا يرد عليها التنازل .

ذلك أن من المسلمات أن القرارات الإدارية التى لا تولد حقوقا لأحد يمكن سحبها دائما ، متى اتضح عدم مطابقتها للحقيقة وليس ثمة ضرر من سحبها من مصدرها أو من السلطة الرئاسية ، إذن هذه القرارات لا يرد عليها التنازل للطبيعة الذاتية المميزة لهذه القرارات .

ثانيا : يتساءل البعض [31] عن عدم إتاحة الفرصة للفرد أن يتنازل عن ترخيص الوقوف على نحو ما أشرنا إليه فى موضعه ، ويرى أن هذا النوع من التراخيص لا ينشئ أية حقوق أو مزايا للأفراد . ونحن نفترق على هذا الرأى ، كما سيجئ فى موضعه ، إذ أن هذه التراخيص وإن كانت تصدر بقرارات انفرادية ، على خلاف السائد حاليا فى فرنسا ومصر ، من أن التراخيص تتسم بطابع عقدى ، إلا أن اتجاه مجلس الدولة الفرنسى يجرى حالياً نحو وإزاء هــذه الصعوبــات المتقدمــة لا بد من البحث عن تبرير آخر ، كأســـاس لشرعيـــة التنـــازل ، ويتجنب فى ذاك الوقت الصعوبات السابقة .

الفرع الثانى
تبرير الفقيه بولمان

الانصاف يقتضينا القول ، بأن التبريرات السابقة ، رغم المآخذ التى نالت منها وأضعفت من قوتها إلا أنها كشفت عن بعض جوانب إيجابية وأخرى سلبية فى شأن تبرير فكرة التنازل .

وقد عالج الفقيه بولمان [32] هذه الجوانب السلبية بقوله « إن التنازل عن القرار الإدارى من قبل صاحب المصلحة ، مجرد من القوة والقيمة القانونية وأن صاحب المصلحة قد كشف عن مسلكه بوضوح دون لبس أو إبهام عن التخلى عن المركز القانونى الذى تولد له بمقتضى القرار الإدارى ، فمثل هذا التنازل قاصر incapable عن إحداث آثاره القانونية وأنه ذو تأثير محدود على القرار ذاته ، وإن كان لا يؤدى إلى محو القرار من التنظيم القانونى القائم ».

والتنازل بالصورة السابقة غير ذى أثر فى شرعية القرار ، ولا يبرز إلا من خلال تدخل الإدارة لإنهاء آثار القرار الذى تنازل صاحب المصلحة عن الحقوق والمزايا التى تولدت له من القرار بإهدارها من التنظيم القانونى .

وانتهى من تحليله إلى التنازل عبارة عن التماس Simple requête يطلب فيه صاحب الشـــأن من الإدارة التدخل لإزالة القرار من التنظيم القانونى ، وهذا التصـــور الأخير ، يبـدو من وجهة نظرنا مقبولاً ، وذلك للأسباب التالية :

أولاً : أن التصـــور السـابق ، لا يؤثر فى شرعية القرارات الإدارية الفردية ومن المسلم به أن هذه القرارات ، هى أوضح مظهر للإمتيازات التى تتمتع بها الإدارة ، إذ أنه من شأن هذه القرارات أن تنشئ حقوقـاً ، وبصفة أخص أن ترتب الزامات على عاتق الأفراد ، وهذا هو الطابع الإستثنائى الذى يتميز به القرار الإدارى دون قبول لهذا التصرف من جانبـــه ، وتظل هذه القرارات محتفظة بقوتهــــا القانونية ، على الرغم من تنازل صاحب الشأن عن الحقوق والمزايا التى تولدت عن القرار الإدارى .

بالإضافــة إلى أن القـــرارات الإدارية الفردية وإن كانت فى ظاهرها تتجه إلى فرد أو أفراد معينين بذواتهـم ، كقــرار تعيين العامل فى إحدى الوظائف العامة أو القـــرار الصـادر بنزع ملكية عقار ، إلا أن جانبـــاً من هذه القرارات يشمل أكثر من فرد وليس لفرد معين بالذات ، بمعنى أن يكون القرار محل تطبيق على فرد أو أكثر ، وأن تنازل أحد الأفراد لا يعنى تنازل الآخرين ، ويبقى القرار قائما قانونا بالنسبة لمن يتنازل منهم . وهذا التبرير هو الذى يفسر بقاء القرار قائما فى حق الأفراد الذين لم يتنازلوا عن حقوقهم التى تولدت لهم من القـــرار .

ثانيا : أن هذا التبرير يفسر أيضاً بعض الظواهر القانونية التى تركت دون تأصيل فقهى ، مثل سحب العامل المستقل طلب أستقالته قبل إبلاغه بقبولها ، أو قبل انقضاء المدة المقررة قانونا لقبول الاستقالة خلالها ، على ما سنرى فى موضعه .

ثالثاً : هـذا التبريـر ، يتفــق والأسانيد التى من مقتضاهـــا ، إعتبـار الأفــراد أصـحاب الشأن غرباء عن القرار الفردى فى نشأته وحياته وزواله .

المبحث الثانى

السحب هو جزاء التنازل عن القرار الإدارى

Le retrait cst un sanction de la renonciation a un acte administratif

من المعلوم أن السحب هو جزاء لمخالفة مبدأ المشروعية ، ويهدف إلى إنهاء القرار بأثر رجعى اعتبارا من تاريخ صدوره .

ومن المبادئ المقررة فى شأن القرارات الفردية ، أنه لايجوز لجهة إدارية سحب قرار أصدرته فى حدود اختصاصها أو العدول عنه متى ترتب على هذا القرار حق للغير إذا مضت المواعيد المقررة للطعن فيه بالإلغاء ، إذ بمضى هذه المواعيد ، يكتسب القرار الإدارى حصانة ولا يجوز بعدها سحبه أو إلغاؤه ، لأى سبب كان ، ولو كان خطأ أو فيه مخالفة القانون ، على نحو ما سنفصله فى موضعه .

فالحكمة من تقرير نظرية السحب هى تمكين جهة الإدارة من تصحيح أخطائها التى وقعت فيها وكانت سببا فى خروجها على مبدأ

الشرعية ، فلا تثريب عليها ، إن هى عادت مختارة إلى حظيرة الشرعية ، ومن ثم فهى تقوم بسحب قراراتها المعيبة قبل أن يفرض عليها الإلغاء من جهة القضاء .

فالسحب معناه الفنى هو إعدام القرار بأثر رجعى اعتبارا من تاريخ صدوره وأن حق الإدارة فى السحب فى الميعاد القانونى لا يكون له محل إلا إذا كان القرار مخالفا للقانون .

فالقاعدة ، أن القرار الفردى السليم لايجوز سحبه أو إلغاؤه ، وذلك كقاعدة عامة ، وبتطبيق تلك المبادئ المشار إليها ، على فكره التنازل ، يتضح أن القرارات الفردية التى يتنازل فيها أصحاب المصلحة عن الحقوق والمزايا التى تولدت لهم بموجب تلك القرارات ، قد صدرت فى الأصل صحيحة ومطابقة للقانون (بصدورها من جهة الاختصاص وأفرغت فى الشكل القانونى وتهدف إلى ابتغاء المصلحة العامة) .

فكيف يمكن إذن تطبيق أحكام نظرية السحب على الحالة التى نحن بصددها (٣٣) ، وكيف ينقلب قرار غير مشروع ويتيح بالتالى للسلطة الإدارية سحبه وإعدام آثاره القانونية منذ نشأته .

فكيف يمكن التوفيق بين المبدأين المتعارضين :

أولهما : أن القرار الفردى السليم لا يجوز سحبه أو إلغاؤه كقاعدة عامة .

ثانيهما : أن القرار الفردى السليم المطابق للقانون الذى تنازل صاحب المصلحة عن الحق الذى تولد له يجوز سحبه بأثر رجعى .

يتبنى الفقه الفرنسى ، كما سنرى ، وجهة نظر تقضى بأن تنازل الفرد صاحب المصلحة عن الحق الذى تولد له من القرار الفردى ، يتحول إلى قرار غير منشئ لحق ، وأن القرارات التى لا تولد حقوقا ، لجهة الإدارة سحبها فى أى وقت ، وبذلك تمكن الفقه الفرنسى من خلال هذا التحليل الدقيق أن يتجنب الصعوبات التى سبق أن أشرنا إليها ، وأن يوفق بين المبادئ القانونية الأساسية فى القانون الإدارى .

فمن الثابت ، أن لجهة الإدارة حق إنهاء قرارتها المعيبة بأثر رجعى ، وهو ما يعرف بالسحب ، أو إنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل فقط اعتبارا من تاريخ الإلغاء مع ترك آثاره قائمة فى الماضى (وهو ما يعرف بالإلغاء) فما هو وجه تفضيل الإدارة لوسيلة السحب عن طريق الإلغاء . ؟ وما هى مبررات ذلك ؟ وهل تتمتع الإدارة وهى بصدد سحب قراراتها بسلطة تقديرية ، بمعنى أنها تتمتع بحرية تقدير مناسبة تدخلها لإجراء السحب ، أم أن اختصاصها مقيد ؟

سندرس فى المبحث التالى المسألتين فى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أساس السحب

المطلب الثانى : حرية الإدارة (تمتع الإدارة بسلطة تقديرية أثناء مباشرة السحب) .

المطلب الأول

الأساس القانونى للسحب

Le fondement du retrait

أشرنا إلى أن الإدارة قد أخذت بطريق السحب لإنهاء القرار بأثر رجعى ، واستبعدت ماعداه من الوسائل الأخرى ،

وتفضيل الإدارة وسيلة السحب عن غيرها من الوسائل المقررة يدفعنا إلى التساؤل عن الأسباب والمبررات لتفضيل طريق السحب ، وكيفية المواءمة بين فكرة التنازل وشروط السحب ، وهذا يشمل أمرين :

الأول : ما هى الأسباب العملية والقانونية التى حدت بالإدارة إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة دون غيرها من الوسائل الفنية لإنهاء المركز أو الوضع القانونى الذى أفصح عنه صاحب الشأن بإرادته إلى عدم الاستفادة من المركز الذى تولد له من القرار الإدارى ؟

الثانى : هو الأهم مؤداه أن السحب يخضع لشروط دقيقة صارمة وأن حالات السحب محددة بدقة ، فكيف يمكن التغلب على قيود السحب ، حيث يتم إجراؤه فى معظم الأحوال بعد فوات المواعيد القانونية المقررة للسحب قانونا ، فما هى إذن أسس شرعية السحب ؟

وسنفصل فى هذا المطلب المسألتين التاليتين :

الأولى : الأسباب العملية والقانونية التى تبرر اللجوء لطريق السحب عما عداه من الوسائل القانونية .

الثانية : شرعية السحب .

الفرع الأول

الأسباب العملية والقانونية التى تبرر تفضيل طريق السحب

Les raisons d'être pratiques et juri digues de l'empoli du retrait

فما هى مبررات تفضيل طريق السحب عما عداه من الوسائل القانونية الأخرى ؟

فيما يتعلق بوسيلة الإلغاء وما تحدثه من آثار بالنسبة للمستقبل فهى :

اولا : لا تتناسب وفكرة التنازل عن الحقوق والمزايا التى تولدت عن القرار ، فهذا السبيل يتلاءم مع اللوائح التى صدرت فى ظل ظروف واقعية أو قانونية معينة ثم حدث تغير فى الظروف أو حدثت ظروف أخرى جديدة تتعارض مع الظروف التى صدرت اللائحة على أساسها وغدت غير مشروعة مما يستوجب تدخل الإدارة لإلغاء أو تعديل اللائحة للمستقبل مع ترك آثارها قائمة فى الماضى .

ثانيا : أن الإلغاء لا يتفق وطبيعة القرار ذاته ، فالثابت أن الإلغاء ينصب بصفة أساسية على القرارات التنظيمية ، أما فى حالتنا هذه ، فإن الآثار تتولد من قرار فردى وبالتالى فلا تتوافق طبيعة الإلغاء مع فكرة التنازل .

ثالثا وأخيرا : أن معظم تطبيقات القضاء الفرنسى أو المصرى فى شأن التنازل ، مقصورة على قرارات التعيين أو الترقية فى الوظيفة العامة ، وهى تتم بقرارات فردية .

وإعمال طريق الإلغاء ، على حالتنا هذه ، يفترض أن اللائحة ظلت سارية فترة من الزمن طالت أم قصرت ، وطبقت تصبيقا فرديا واتجهت نية الإدارة إلى إزالة آثارها بالنسبة للمستقبل ، ولكن فى حالتنا هذه فإن الفرد يرفض التعيين فى الوظيفة بداءة فبصدور التعيين يتولد للفرد مركز قانونى جديد لم يكن موجودا من قبل وإنهاء هذا المركز لا يكون إلا بسحبه بأثر رجعى منذ نشأته ، على العكس تماما و إذا اتجهت الإدارة إلى إلغاء القرار السليم الذى أنشأ حقوقا أو مزايا لمصلحة

فرد من الأفراد والسبيل إلى إنهاء هذا المركز لا يكون إلا بقرار من نوع جديد يسمى القرار المضاد وفقاً للشروط والإجراءات التى نص عليها القانون مثلا تعيين موظف اذا كان سليما لا يمكن إلغاؤه ولكن رابطة التوظيف يمكن إنهاؤها بالفصل بسبب إلغاء الوظيفة أو بالعزل أو بالإحالة إلى المعاش مع الموافقة للإجراءات التى ينص عليها القانون ، ولكن لا يمكن إلغاؤه التعيين ذاته - ويمكن أن نستخلص من أحكام القضاء سلامة الاعتبارات التى حدث بالإدارة للأخذ بسبيل السحب .

ففى حكم المجلس فى قضية Dasitre [٣٤] التى سبقت الإشارة إليه ، حيث قضى المجلس بأن قرار التعيين فى الوظيفة الشرفية كأن لم يكن أو لم يصدر قط وهذه العبارة واضحة الدلالة على أن السحب هو السبيل القانونى لإنهاء المركز الذى تنازل عنه صاحب المصلحة .

وقد أشار إلى ذلك صراحة فى حكمه فى قضية Bolelli [٣٥] حيث قضى « بأن الحاكم العام يملك قانونا حق سحب قرار التعيين الذى تنازل عنه صاحب المصلحة » .

فوسيلة السحب ، تجنب كثيراً الصعوبات القانونية والفنية التى تبرز خلال فكرة التنازل ، كما أن أحكام مجلس الدولة قد درجت على تأكيد أن تنازل الفرد عن قرار تعيينه يعتبر كأنه لم يكن أو لم يصدر قرار بتعيينه على الإطلاق .

والإدارة بإجراء السحب تستهدف إعدام القرار وآثاره من التنظيم القانونى ، فإنها تملك أيضا إصدار قرار جديد بتعيين آخر فى الوظيفة الشاغرة التى التى خلت بتنازل صاحب الشأن على التعيين فى الوظيفة المعين فيها .

ومن رأينا فى هذا الشأن ، أن الإدارة تلتزم بالتدخل لإنهاء المركز القانونى الذى تولد من القرار والذى رفض صاحب المصلحة الاستفادة منه ، وذلك بسحبه بأثر رجعى من تاريخ صدوره واعتباره كأنه لم يصدر قط ، واتخاذ إجراءات تعيين خلفه فى الوظيفة الشاغرة .

وسندنا فيما نذهب إليه أن إدارة المرفق العام وتنظيمه يقع على عاتق الإدارة ، ولن يتأتى هذا إلا من خلال شغل الوظائف الشاغرة للمرفق فى أسرع وقت ممكن حتى يعمل المرفق بالكفاءة المطلوبة .

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسى لم يمضى فى هذا الشوط إلى نهايته ، باعتبار السحب هو الوسيلة القانونية لإنهاء القرارات الفردية التى تنازل أصحاب الشأن فيها عن الحقوق والمزايا التى تولدت لهم ، لكنه تبنى أخيرا فى أحكامه الحديثة وسيلة أخرى بديلة ألا وهى التصويب .

فالتصويب ، كما هو معلوم ، يتناول الأخطاء المادية ، ومن المقرر ، أن تصويب الخطأ المادى إجراء إدارى صحيح لتقويم القرار الإدارى ووضعه فى موضعه الصحيح ، وقد استقر على ذلك القضاء الفرنسى بشرط ألا يمتد التصويب إلى التعديل الموضوعى لصلب القرار وإلا صار الأمر سحباً مخالفاً للقانون .

وللتصويب أثر رجعى ، ينصرف إلى القرار الإداري منذ نشأته ،

وذلك سـواء أكان ذلك القرار تنظيميا أم فرديا .

والفقـه الفرنسي [٣٦] تبنى وجهة النظر هذه وقصر التصويب على تصحيح الأخطـاء المادية بهدف تجنب إعادة الإجراءات التى سبق اتخاذهـا فى شـأن إصدار القرار وأيضا للحيلولة دون تطبيق قواعد وأحكام السحب .

وقد تبنى قضاء مجلس الدولة هذا السبيل ، ويظهر بوضوح فى قضيـة Leclere [٣٧] وتتخلص وقائعه فى أنه بتاريخ ٢١ من يوليو ١٩٦٢ صـدر قـرار من المحافظ الإقليمى prefet pre-) fectoral) بتخصيص مسـكن للسيدة Henriot للانتفاع به ، وذلك وفقاً للأمر الصادر بتاريخ ١١ أكتوبـر ١٩٤٥ ، وبعـد انقضاء فترة من الزمن ، بادرت السيدة المذكورة إلى مخاطبة جهة الإدارة فى رغبتها بالتنازل عن الإستفادة من القرار الصادر فى هذا الشأن ، وقام المحافظ بسحب القرار المؤرخ فى ٢١ يوليو١٩٦٢ تمهيدا لاختيـار شـخص آخـر للانتفاع بهذا السـكن ، إلا أن المحافظ بدلا من إعادة الإجراءات السـابق اتخاذهـا أصـدر قراراً بتاريخ ١٢ من سبتمبر ١٩٦٢ بتصويب قرار السيدة Henriot إلى آخر (é poux ludinant).

والتصويب لا يخضـع لقاعـدة قيد ميعاد السحب ، الذى استقر فى القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى لأنه يشترط فى السحب أن يكون موضوعه قراراً إدارياً معيب قانوناً أما الخطأ المادى فهو جائز التصويب فى كل وقت.

وذلك على الرغـم من أن التصويب فى القضية المذكورة قد تم فى المواعيد المقـررة للسحب قانونا (مدة الشهرين فى القانون الفرنسى) ، إلا أنه يخضـع للقاعدة المستقرة فى هذا الصدد ومن مقتضاه أن لجهة الإدارة أن تتدخل فى أى وقت لتصحيح تلك القـرارات وتصويـب أخطائهـا الحسابية المادية دون أن يحتج عليها بتحصن القرارات المذكورة بفوات ميعاد السحب [٣٨] على نحو ما سنرى فى موضعه .

الفرع الثانى

أساس شرعية السحب

Le fonderment de la licéité du retrait

انتهينا فيما سـبق إلى أن السـحب هو الوسيلة المناسبة التى تتفق وطبيعة التنازل ، من إنهاء القرار وآثاره بأثر رجعى .

وفى الحقيقة أن سحب القرار الإدارى الفردى المنشئ لحقوق يثير إشـكالات وصـعوبات قانونيـة متعددة .

فمن المتفق عليه ـ بصفة عامة ـ أن سلطة السحب تدور وجوداً وعدماً مع الحالات وطبقاً للشروط التى يجوز الطعن فيها بالإلغاء ـ وأن كانت أسباب السحب أوسع من أسباب الإلغاء على نحو مارأينا ـ وتأسيسا على ذلك ، أصبح من المسلمات لإمكان سحب القرارات الادارية توافر شرطين جوهريين ينبغى توافرهمـا لإعمـال السحب :

الشرط الأول : أن يكون القرار محل السحب قرارا فرديا مخالفا للقانون entache dirréularite

الشرط الثانى : أن يجـرى السـحب خـلال ميـعاد الطعن القضائى بالإلغاء .

والشـرطان المشـار إليهما منتفيان فى شأن التنازل عن القرار

الإدارى ، فالتنازل عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى من قبل صاحب الشأن يقع فى أغلب الأحيان بعد انقضاء المواعيد المقررة للسحب قانونا قياسا على مدد الطعن بالإلغاء القضائى .

وأن القرار الفردى المنشئ لحق أو مزية لا يشوبه عيب يتهدده بالإلغاء فالتنازل ينصب على على قرار سليم من الوجهة القانونية . فشروط السحب التقليدية لا تنطبق على حالتنا هذه لانتفاء الشروط المتطلبة فى هذا الشأن .

والقاعدة المستقرة كما سنرى ، أن من شأن تخلف شروط السحب أن يجعل القرار الساحب باطلاً وخليقاً بالإلغاء .

وعلى الرغم من هذه الصعوبات الفقهية والقانونية التى تصطدم بالسحب ، فإن مجلس الدولة كان أكثر جرأة حين قضى بدون تردد بشرعية السحب اللاحق على تنازل صاحب المصلحة عن الحق والمزية المرتبطة بالقرار الإدارى .وقد اطردت أحكام قضاء المجلس على هذا المعنى ، ففى حكمه فى قضية Brandstetter[٣٩] قضى بأن للإدارة أن تتخذ من الإجراءات الضرورية والعاجلة لصالح المرفق العام من جانب ، وتتوافق وفكرة التنازل من جانب آخر .

وفي حكم حديث نسبيا فى قضية Auge[٤٠] أعطى المجلس أساسا قانونيا لسحب القرار ، وقضى بأن « القرار الفردى السليم الذى يولد حقوقا ومزايا لصاحب الشأن ، والذى لا يشوبه عيب من عيوب المشروعية التى تبرر إلغاءه عن طريق القضاء ، فإنه لا يمكن سحبه قانونا إلا فى حالة تنازل صاحب الشأن عن الحق الذى تولد له من القرار » .

هذا الحل الذى أتى به هذه القضاء ، يتسم بالمنطق والوضوح والموضوعية ، ذلك أنه فى حالة التنازل عن القرار الإدارى ، فإن صاحب الشأن يتنازل بالضرورة عن الحق أو المزية التى تتولد له من القرار لا يشمل تنازله عن القرار ذاته ، للاعتبارات سالفة البيان ، ومنذ ذلك الوقت نجد أن تعديلا قد طرأ على طبيعة القرار ذاته ، والتى تريد الإدارة سحبه .

فالفرد بتنازله عن الحق أو المزية التى تتولد له من القرار ، يجعل القرار يفقد صفته وينقلب إلى قرار غير منشئ لحق أو مزية ، والقاعدة المستقرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى كما سنرى ـ تقضى بأن القرارات الفردية التى لا تولد حقوقا لأحد فإن لجهة الإدارة سحبها فى أى وقت ولا ضرر من جواز سحبها دائما متى اتضح عدم مطابقتها مع الحقيقة ، على نحو ما سنرى تفصيلا فى موضعه .

وفى ضوء هذا التحليل الدقيق تتلاشى أمامه الصعوبات التى أثيرت فى شأن انطباق شروط السحب على فكرة التنازل ، وإن كان هذا فى ذاته يخالف مبدأ آخر يقضى بأن القرار الفردى الصادر بطريق مشروع يرتب حقا أو مزية ، يصبح غير مشروع illegal ويجوز سحبه من جانب جهة الإدارة ، وأن هذه المخالفة يمكن تبريرها فى ضوء التحليل السابق الذى يقضى « بأن القرار الفردى المشروع والمنشئ لحق يتحول إلى قرار غير منشئ لحق ، وبالتالى يجوز سحبه فى أى وقت » .

ونخلص مما تقدم ، إلى أن فكرة التنازل فى حقيقة الأمر تفسر

كثيراً من الأفكار في نطاق القانون الإداري ، كما سلف البيان .

المطلب الثاني

حرية السحب

La liberte de retrait

أنتهى الفقه إلى أن التصوير السليم ، كما نراه في شأن حق الإدارة في سحب القرارات الفردية التي تنازل أصحاب المصلحة عن الحقوق التي تولدت لهم منها ، بأن تلك القرارات تنقلب من قرارات منشئة لحقوق إلى قرارات غير منشئة لحقوق ، وأن القرارات الأخيرة لجهة الإدارة سحبها في أي وقت تشاء .

فهل تتمتع الإدارة بصدد سحب تلك القرارات بسلطة تقديرية بمعنى أن تكون لها سلطة ملائمة وهي بصدد سحب قراراتها ، أم أن الإدارة مقيدة بمعنى أن تكون ملزمة باجراء السحب إذا توافرت شروطه ؟

وينبغي بادئ ذي بدء أن نحدد مدلول كل من الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية ، ومدى انطباقها أو اختلافها بصدد الحالة التي نحن بصددها ، حتى تنجلى الصورة تماما .

فالإختصاص المقيد ، على نحو ما صوره الأستاذ جيرو [41] أنه في حالة السلطة المقيدة لا يترك القانون للإدارة أي حرية في التقدير ، بل إنه يفرض عليها بطريقة آمرة التصرف الذي يجب مراعاته .

وفي الحقيقة أن الدكتور كامل ليلة [42] قد وصف الاختصاص المقيد ، بأنه عندما تتوافر شروط قانونية معينة أو تقوم عناصر واقعية محددة ، يتحتم على الإدارة بمقتضى حكم القانون إصدار قرار معين دون أن يكون لها إختيار في هذا المجال .

فليست لديها حرية الامتناع عن إصدار القرار المطلوب الذي توافرت أركانه وشروط إصداره ، كما أنها لا تستطيع إصدار قرار آخر محل القرار المطلوب » .

أما مدلول السلطة التقديرية فقد صورها العميد سليمان الطماوي [43] بقوله : « إنها نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث ، ولاختيار وقت تدخلها لتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة » .

ولكن متى تملك الإدارة سلطة تقديرية ومتى تملك سلطة مقيدة (أو محددة) فقد تولى الاستاذ فالين [44] الإجابة عن هذا السؤال بقوله : « إنه لا يمكن أن تكون للإدارة حرية في تقدير التزاماتها القانونية بأية حالة من الأحوال ، بل يكون اختصاصها في هذا المجال محدداً ولاتكون سلطتها تقديرية إلا في حالة ترك مناسبة لاتخاذ قرار معين أو اتخاذه في صورة بعينها أو اتخاذه في وقت معين فهي ملزمة بما هو حق il est liée de juste ولكنها حرة فيما هو صالح il m'est pas lieé de utile وقد انتهى العميد سليمان الطماوي [45] في بحثه « السلطة التقديرية والسلطة المقيدة » إلى أن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المحددة لحماية حقوق الأفراد ، وأن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة ، وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ، ووقت تدخل الإدارة ووسيلة مواجهة الحالة » .

وفي الحقيقة أن مدلول كل من الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية بصدد سحب الإدارة لقراراتها الإدارية التى تنازل فيها أصحاب المصلحة عن الحقوق التى تولدت لهم من تلك القرارات تحمل نفس المعنى ، ولاتحمل مدلولا ولا معنى خاصا .

وللوهلة الأولى ، يمكن القول بأن الإدارة ملزمة بالتدخل لإنهاء الوضع أو المركز القانونى الذى تولد من القرار الذى تنازل فيه صاحب المصلحة عن الحق الذى تولد له ، وأن تبادر إلى إصدار قرار آخر تستكمل به الفراغ الذى حدث فى التنظيم القانونى نتيجة تنازل صاحب المصلحة عن الحقوق التى تولدت له من القرارات الإدارية ، ويهدف إلى إستمرار المرفق العام بانتظام واضطراد دون توقف .

وقياسا على ما انتهينا إليه فى صدد تغير الظروف الواقعية أو القانونية ، إلا أن الإدارة ملزمة بالتدخل لإلغاء أو تعديل اللائحة نتيجة تغير الظروف التى صدرت على أساسها اللائحة ، وأيضا ملزمة بسحب القرارات الفردية المعيبة .

وقد تردد مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الشأن واستقر فى نهاية الأمر إلى أن جهة الإدارة تتمتع بحرية إجراء السحب دون أن تكون سلطتها مقيدة فى هذا الخصوص . إذا كان مسلك القضاء قد أصبح مستقرا على هذا التكييف ، غير أنه قد شابه التردد فى الفترة السابقة عليه .

ففى حكمه فى قضية Bolelli [٤٦] أخذ المجلس بالصيغتين معاً ، نعنى بذلك الصفة الإختيارية والصفة الإلزامية .

وقد أشار المجلس فى هذا الحكم إلى أن تنازل صاحب الشأن عن الوظيفة المعين فيها ، فأن هذا التعيين يزول بقوة القانون وبأثر رجعى ، بحيث يفترض أن القرار لم يصدر قط وأن لمصدر القرار سلطة سحبه وفقاً للقانون .

ويستفاد من العبارة التالية « الصفة الإلزامية » .

larreie ... doit etre repute n etre jamais intervenu

كما يستشف من العبارة التالية « حرية الإدارة فى إجراء السحب » .

gouveneur general a pu rapporter la nomination

وأن عبارة « بإمكانه » « apu » تشير إلى أن السحب وسيلة اختيارية لجهة الإدارة ، بأن تتدخل أو لا تتخل لإنهاء القرار بأثر رجعى .

وأيضا بتحليل عبارة netre jamais intervenu نجد أنه يفترض فى القرار كأنه لم يصدر قط وبهذه الصورة يكشف الحكم عن معنيين :

المعنى الأول : هو أن تنازل الفرد يكفى بذاته أن يجعل قرار التعيين لاغيا Caduc .

المعنى الثانى : مؤداه أن تدخل الإدارة ، كما نوهنا ، ضرورة لا غنى عنها لمحو القرار وإزالة آثاره من التنظيم القانونى .

وقد هجر القضاء هذا الحل الذى يشوبه الغموض وعدم التحديد الدقيق لطبيعة سلطة الإدارة فى التدخل لإنهاء القرار الإدارى الذى تنازل فيه صاحب المصلحة عن الحق الذى تولد له من القرار ، وقد تبنى القضاء حلاً آخر مبناه على إعتبار أن الإدارة حرة فى شأن سحب هذا النوع من القرارات .

وقد قبل القضاء الفرنسى هذا الحل فى أحكامه اللاحقة وإنتهى فى حكمه فى قضية Desfour [٤٧] بطريقة واضحة لا لبس فيها إلى جريـــة الإدارة فى ســـحب تلك القرارات .

وفى هذا القضاء ، كما أشرنا إلى أن السيد Desfour قد شطب من عـــداد العاملين بالقـــوات المسلحة وأنـــه حصـــل على معاش التقاعد pension de retraite وأنه بعد مضى فترة طويلة تنازل عن معاشه ، ثم بعد فترة التمس من الإدارة إعادة تقرير معاشه وفقا لأسس جديدة (وقـــد جاء الحـــكم خلـــواً من تحديـــد ماهية الأسس الجديدة التى أشار إليها الطاعن والتى فى ضوئها يتم التقدير الجديد) .

وتبرز الصفة الاختيارية فى الحكم فى عبارة المجلس " faculte بأنه لمصدر القرار إمكان سحب القرار الذى غدا غير متلائم بتنازل صاحب المصلحة عن الحق الذى تولد له من هذا القرار [٤٨] .

فما هى المبررات التى دفعت بالإدارة إلى ولوج هذا المسلك ؟

نسوق فى مقام التدليل على هذا المسلك الاعتبارين التاليين أحدهمـــا نظـــرى والآخـــر عملى

الاعتبار النظرى :

الإدارة ملزمة بإتخاذ إجراءات السحب ، ولإعمال السحب يتعين أن يكون هناك قرار فردى يستند بالضرورة على قبول صاحب المصلحة ، ويكون السحب فى ضوء هذه الظروف شكلياً لمحو القرار وإزالة آثاره من التنظيم القانونى القائم ، فإختصاص الإدارة فى هذا النطاق مقيد بإرادة الفـــرد .

الاعتبار العملى :

من الوجهة العملية لصاحب المصلحة التنازل عن الإستفادة من الحق أو المزية التى تولدت له من القرار ، ومن الجهة المقابلة ، فلجهـــة الإدارة مصلحـــة فى التغاضى عن التنازل وتعيد النظر فى تنفيذ القرار الذى أصدرته فى هذا الخصوص ، والنتيجة المترتبة على ذلك هى مساءلة الموظف تأديبياً عن واقعة تخلفه عن تنفيذ القـــرار .

وهذا الفرض قد أثير فى صدد قضية Anglade ، حيـــث أشـــار مفوض الحكومة Tricot [٤٩] فى تعليقه على حكم المجلس فى القضية المذكورة ، إلى أنه ليس من قبل الإستحالة أن تلجأ الإدارة وتنفذ قرار التعيين بالضغط على صاحب المصلحة فى التعيين ، وأن تتخذ إجراءات محاكمته بقصد إرغامه على الإلتحاق بوظيفته وإتخاذ إجراءات الفصل ضده .

ومما لاشك فيه ، أن تفضيل الإدارة إلى هذه الوسائل ، على سحب قرار التعيين ، تصيب المطعون ضده بأضرار بالغة .

ويتضح من ذلك ، أن الإدارة تستحوذ على إمكانات متعددة ، منها حرية إتخاذ الإجراء المناسب ، ووقت إتخاذه ، وتقدير فحواه ، تلك هى الملاءمات المتروكة لجهة الإدارة .

وفى الحقيقة أن التنازل والسحب وجهتان لعملة واحدة ، كل منهما يرتبط بالآخـــر ارتباطـــاً وثيقـــاً ، فالتنـــازل من جانـــب صـــاحب المصلحة ، عن الحق الذى تولد له من القرار ، يغدو القرار غير ملائم inopportun والسحب هو الوسيلة التى تتناسب وطبيعة التنازل ، وترمى إلى إهدار القرار وآثاره بأثر رجعى .

والفقه الفرنسى ، إنتهى إلى أن التنازل ـ على نحو ما رأينا ـ عبارة عن تصرف تحضيرى أو تمهيدى ، وأنه بهذه الصورة غير ذى أثر فى شرعية القرار ، وإن كان يؤثر فى وجود القرار ذاته ، مما يدفع الإدارة إلى سحبه وإنهاء آثاره رجعياً .

وصور التنازل أيضاً ، على أنه طلب يتوجه به صاحب المصلحة للإدارة ، ملتمساً سحب قرارها . وهذا التصور الأخير وهو الذى يظهر الطبيعة الخاصة caractere particulier للتنازل ، والتى تبيح لصاحب المصلحة العدول عنه .

المبحث الثالث

القابلية للعدول

هى السمة المميزة لفكرة التنازل عن القرار الإدارى

la revocabilite, caractere de la renonciatian a un acte adminstiatif

سبق أن بينا أن بعضاً من الفقهاء قد ذهب إلى تصوير فكرة التنازل على إنها قرار تمهيدى أو تحضيرى (simple proposition) وأنه قابل للرجوع فيه من جانب صاحب الشأن ، وبالمقابلة ووفقاً لما هو ثابت فقهاً وقضاءً أن لجهة الإدارة سحب قراراتها التمهيدية أو التحضيرية دائماً وفى كل وقت ، وهى تلك التى لا تتوافر فى شأنها مقومات القرار الإدارى التى حددت شروطه أحكام القضاء ، وأهمها أن يكون القرار ذا طابع تنفيذى ، وأن يحدث تأثيراً فى المراكز القانونية للأفراد إنشاءً أو إلغاءً أو تعديلاً .

فطلب التنازل لا يحد من إرادة مقدمه وأنه طابع مؤقت وقابل للعدول عنه من جانب صاحب المصلحة ، هذا فى التنازل عن القرار الإدارى . أما عن التنازل عن حكم الإلغاء فقد إستقر القضاء الفرنسى [٥٠] على قاعدة مقتضاها ، أنه إذا قرر الشخص الذى حصل على حكم بالإلغاء بعد صدور الحكم ـ عدم تمسكه بهذا الحكم ، فإن مثل هذا القرار لا يكون له رأى أثر على الحكم المذكور ، ويبقى أثر الإلغاء قائماً على نحو ما سنرى فى موضعه .

وتتناول دراستنا فى هذا المبحث المسألتين التاليتين :

المسألة الأولى : أسباب العدول عن التنازل .

المسألة الثانية : فكرة موجزة عن التنازل عن الدعوى وحكم الإلغاء .

المطلب الأول

أسباب العدول عن التنازل

فى الواقع أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، قد ساده التردد والاضطراب فترة طويلة قبل إقرار مبدأ العدول عن التنازل وأصبح مستقراً فى قضائه ، وغدت القاعدة السائدة أن العدول عن التنازل سمة قضاء مجلس الدولة الفرنسى .

ومن المتعين ، أن ندرس فى هذا الشأن تطور القضاء وما انتهى إليه فى شأن تلك المسألة بالشرح والتحليل :

١ ـ تردد القضاء بصدد تلك المسألة .

٢ ـ شرح وتحليل هذا القضاء .

الفرع الأول

تردد القضاء فى شأن إقرار مبدأ العدول عن التنازل

يجدر بنا ، أن نشير فى البداية إلى أن العدول عن القرار الإدارى من جانب الإدارة يعنى

الرجوع عن قرار نشأ معيباً من حيث الملاءمة ، وإن كان صحيحا من الناحية القانونية وأن من نتائج الرجوع أن ينقضى القرار منذ وقت نشأته كلياً ، وتزول جميع الآثار التى تولدت عنه .

فهل يحمل عدول الفرد عن تنازله نفس المعنى والدلالة التى تكون لنقض القرار من جانب الإدارة ؟

فى الحقيقة أن الفرد بتنازله عن الحقوق والمزايا التى تولدت عن القرار بمحض إختياره وإرادته دون جبر أو إلزام من جانب الإدارة مقدراً خطورة تصرفه وما يتسبب عنه من أضرار بالغة ثم يعدل عن تنازله ، فهل يعتد بهذا العدول من جانبه ؟

الواقع كما نوهنا ، أن مجلس الدولة لم يصل إلى المبدأ المستقر عليه فى قضائه فى قابلية عدول الفرد عن تنازله إلا بعد فترة تردد طويلة سادت أحكامه وأعتبر أن التنازل يتصف بطابع التوقيت precarite ، ففى أول الأمر كان السائد فى قضائه أن التنازل غير قـابل للرجـوع فيه أو نقضـه) irrevocable) من قبل صاحب المصلحة .

ففى حـكمه فى قضيـة Brandstetter (سـبقت الإشـارة إليه) كان المبدأ السائد مؤداه أن التنازل غير قابل للرجوع فيه أو نقضه من قبل صاحب المصلحة .

وبإستعراض وقائع هذا الحكم يتضح أن الطاعن قد تنازل عن قرار تعيينه مديراً إقليمياً لهيئة التلغراف والتليفون والإتصالات اللاسلكية (P.T.T.) لمدينة مرسيليا وبعد ردح من الزمن وقبل أن تحدد الإدارة موقفها من التنازل عن الحق المتولد من القرار أرسل إلى جهة الإدارة كتاباً أفصح فيه عن نيته فى عدوله عن تنازله وأنه يرغب فى الإلتحاق بوظيفته ، غير أن الادارة لم تعول على هذا العدول ولم تلتفت إليه وقد سارعت بإتخاذ إجراءات سحب القرار . ولما عرض الأمر على القضاء الإدارى أقر بشرعية السحب ، تأسيسا على ، أن تغير نية الطاعن وإعلانه عن إرادته فى الرجوع عن تنازله فى اللحظة الأخيرة وإبداء إستعداده للالتحاق بوظيفة سبق تعيينه فيها لا يمنع الإدارة من إتخاذ إجراءات سحب قرار تعيينه .

وقد تحول اتجاه قضاء المجلس فى حـكمه فى قضيـة Auge (سبقت الإشارة إليه) . وأشار إلى أن الطاعن Auge قد رقى إلى حامل رتبة شرف من رتبة الكوماندور بتاريخ ٢٧ من فبراير ١٩٥٦ وقد أفصح المذكور عن رغبته فى التنازل ثم عاد وطلب من الإدارة إعتبار تنازله كأن لم يكن . وبالرغم من ذلك فقد بادرت جهة الإدارة إلى سحب قرار الترقية ولم تلتفت لعدول المذكور عن تنازله ولما عرض الأمر على القضاء الإدارى قضى بالغاء قرار السحب وإعدام آثاره منذ صدوره ، وإعتباره كأن لم يصدر قط ، وذلك تأسيساً على أن الطاعن قد أعلن عن رأيه صراحة فى العدول عن التنازل قبل أن تشرع جهة الإدارة فى إتخاذ إجراءات سحب القرار المقررة وفقاً للقانـون .

ويتضح من هذا أن القضاء قد استبعد إتجاهه السابق ومؤداه أن التنازل غير قابل للرجوع فيه من قبل صاحب المصلحة .

وهذا القضاء يمثل إتجاهاً جديداً تجاه قابلية التنازل للعدول

من قبل صاحب الشأن وقد إنتقد البعض [51] هذا الإتجاه الأخير السائد فى قضاء المجلس ، وذلك من خلال التفرقة بين الإتجاه القديم والإتجــاه الحديــث للمجلس ، والتميز بين نطاق تطبيق كل منهما .

فالإتجاه القديم مؤداه إمتناع العدول عن التنازل ، برز ذلك فى حــكم المجلس فى قضيــة Brandestetter وهو ينصب بصفة أساسية على قضــاء الموظفين وبصــدد قــرارات التعين فى الوظيفة العامة .

والإتجاه الحديث للمجلس هو المتعلق بقابلية العــدول عــن التنازل ، وهــو يتناول موضــوع الترقيــات الشرفية (الرتــب والنياشــين الشرفيــة) . وإنتهى إلى أن القاعدة السائدة فى قضاء المجلس هى المتعلقة بالتنازل عن العدول مقصورة على الترقيات الشرفية .

وقد أبرز الفقيه odent [52] أبعاد هذه المشكلة بقوله : أن موضوع الترقيات الشرفية لا يمثل نفس الدرجة والأهمية بالنسبة للإدارة فيما يتعلق بموضوع التعيينات والترقيات فى الوظيفة العامــة .

ففى الحالة الأولى : حالــة منح الرتب والنياشين الشرفية :

من المسلم به ، أن إحتمال صاحب الشأن (المستفيد) من هذه الرتب والنياشين الشرفية ، أن يبدى رأيه مرات عديدة فيما يتعلق بقبوله أو رفضه مثل هذه الرتبة أو الترقية وأن هذا التردد لا يؤثر إلا تأثيراً طفيفاً على المصلحة العامة .

وفى الحالة الثانية : حالــة التعيين فى الوظيفة العامة فهــذه الحالــة التى نحــن بصددهــا ، على خــلاف الحالــة السابقة ، إذ أنه من الضرورى أن يحدد الموظف موقفه صراحة بقبوله أو رفضه الوظيفة ، ويرجع ذلك إلى أن التردد الطويل ينال من مبدأ سير المرافق العامة بإنتظام واضطــراد .

ولــكن من الصعوبــة بمكان التوفيق بين الوضعين السابقين ، فى ضوء نظرية القرارات الإدارية وفى إطار القواعد العامة المقررة فى شــأن الوظيفــة العامــة فالتصرفان متفقان بأنهما تصرفان قانونيان لهما نفس الطبيعة ومن جنس القرارات التنفيذية ،

فكيف يمكن أن نعطى لكل منهما نظاماً قانونياً مغايراً عن الآخــر ، أو يحمــل كل منهما طبيعة قانونية مختلفة عن الآخر .

فقــد ذهب مفوض الحكومة Tricot [53] فى هذا الصدد إلى القول ، بأنه ينبغى التسوية فى المعاملة بين التصرفين بإعتبارهما قــرارات إدارية تقــع فى نطــاق الوظيفة العامة .

وننتهى من العرض السابق ، إلى أن القضاء مستقر على قبول العدول عن تكييف التنازل بأنه إقتــراح Propotion وأنــه بهذا التكييف يكون قابلاً للرجوع فيه فى أى وقت .

الفرع الثانى

شرح وتحليل القضاء السابق لمجلس الدولة الفرنسى

فى الواقع أن حكم المجلس فى قضية Auge قد أثار العديد من التساؤلات ذات الأهمية والدلالة فى آن واحد ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بطبيعة التنازل .

فمن المسلم به أن التنازل يفترض فيه بالضرورة قبول العدول عنه ، وذلك لأن التنازل تصرف قانونى حقيقى ولذلك فهو قابل للعدول عنه في كل وقت .

وقد أشار malaurie [٥٤] إلى أن مبدأ عدم القابلية للنقض أو العدول شرط لوجود التنازل ذاته .

l'irrévocabilite est une condition de l'existence méme de la renonciation

وأضاف إلى أن التنازل الفردى غير قابل للعدول عنه من لحظة صدوره . وقد كشف المجلس عن هذا الإتجاه فى حكمه فى قضية .

Association Syndicale de renonciation de Toulon-port [٥٥]

حيث قضى بأن التنازل غير قابل للعدول عنه وقد أخذ المجلس ، كما نوهنا بعدم القابلية للعدول عن التنازل le caractere irrevocable de la renonciation

ولكن القضاء قد أخذ بقاعدة مغايرة لقضائه السابق مؤداها أن التنازل قابل للعدول عنه وفقاً للتصوير الذى إنتهى إليه الفقه الفرنسى[٥٦] فى شأن التنازل بأنه عملية مركبة تتم على مرحلتين :

المرحلة الأولى : إعلان إرادة الفرد (التنازل بالمعنى الدقيق)

المرحلة الثانية : تدخل السلطة الإدارية لسحب القرار .

وسبق أن نوهنا ، إلى مدى العلاقة الوثيقة بين التنازل والسحب وأنهما وجهان لعملة واحدة وهذا التفسير يوضح أن التنازل فى حد ذاته غير ذى أثر قانونى إلا من خلال تدخل الإدارة باتخاذ إجراءات السحب حتى تتكامل العملية القانونية .

وهذا يفسر أيضاً أن التنازل ليس نهائياً ، إنما هو تصرف تحضيرى يجوز لصاحب المصلحة الرجوع فيه ، وأن العدول مشروط بعدم تدخل الإدارة بإتخاذ إجراءات سحب القرار .

وبمفهوم المخالفة إذا بادرت الإدارة إلى إتخاذ إجراءات سحب القرار الذى تنازل صاحب المصلحة عن الحقوق التى تولدت له من القرار ، فإن رجوع الأخير فى تنازله لا يصادف محلاً يقع عليه وبالتالى يقع باطلاً ولا يؤثر على إجراءات السحب التى تمت سليمة . وقد تثور مشكلة تحديد الوقت المناسب لعدول صاحب المصلحة عن تنازله ، وهل يبقى حق الرجوع مفتوحاً إلى أجل غير مسمى أم من المتعين تحديد فترة محدودة يجوز لصاحب الشأن خلالها العدول عن تنازله ؟

سبق أن أشرنا ، إلى أن لصاحب المصلحة أن يعدل عن تنازله ما دام أن الإدارة لم تحدد موقفها بوضوح أو تتخذ مسلكاً أيجابياً حيال تنازله ، فإذا بادرت باتخاذ إجراءات السحب فإنه يتعذر عليه الرجوع فى تنازله ، وتبقى منطقة العدول عن التنازل محصورة فى الفترة من تاريخ تنازله إلى وقت تدخل الإدارة لسحب القرار .

المطلب الثانى

نظرة موجزة عن التنازل عن الدعوى المنظورة امام القضاء والتنازل عن حكم الإلغاء

إنتهينا فيما سلف ، إلى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أقر بشرعية التنازل فى نطاق قرارات التعيين والترقية فى الوظيفة العامة ، وأن هذا التنازل فى حد ذاته غير ذى أثر فى شرعية وإنقضاء القرار الإدارى ، بل يؤثر فقط فى وجود القرار

ذاته ، وأن هذا يتطلب تدخل الإدارة لإثبات التنازل وسحب القرار وإزالة آثاره من التنظيم القانونى بأثر رجعى .

وهل يصدق هذا القول فى شأن التنازل عن الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء وأيضاً فى التنازل عن حكم الإلغاء ؟

اولاً : فيما يتعلق بالتنازل عن الدعوى :

desistement daction ou d'instance

يطبق فى هذا الشأن القاعدة العامة التى تقضى ، بأن تنازل المدعى عن دعواه غير ذى أثر ، وأنه ليس كافياً بذاته لإعتبار أن الخصومة منتهية وإنما تدخل القاضى ضرورى لإثبات هذا التنازل بإنزال حكم القانون .

وهذا ما أشار إليه الفقيه Blumann [٥٧] بقوله « إن مثل هذا التنازل ليس كافياً بذاته لإنهاء الدعوى ، بل إن تدخل القاضى ضرورة قانونية لإنزال حكم القانون وإثبات التنازل وانقطاع الخصومة l'interruption du proces

ثانياً : فيما يتعلق بالتنازل عن حكم الإلغاء :

دعوى الإلغاء ، كما هو معلوم ، تنصب على مهاجمة القرار الإدارى ذاته بقصد إعدامه وإهدار آثاره بأثر رجعى ، فدعوى الإلغاء ليست دعوى شخصية ولكنها دعوى موضوعية عينية ، وتترتب على تكييف دعوى الإلغاء بأنها دعوى موضوعية ، فإن حكم الإلغاء ذو حجية مطلقة قبل الكافة erga omnis ، أما الحكم فى الدعاوى الأخرى ، فحجيتها نسبية مقصورة على أطرافه ، ففى هذا الخصوص قضى مجلس الدولة فى حكمه فى قضية Ecole de privee de filles prodelles c/ ministre d'Education [٥٨] بأن التنازل عن حكم الإلغاء لا يكون له أثر على هذا الحكم ، وذلك لما لحكم الإلغاء من حجة على الكافة ونظراً للطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء ، وقد جاء فى عبارات الحكم « من حيث أنه بالنظر إلى الآثار المترتبة على الحكم الصادر بإلغاء القرار الإدارى لمجاوزة السلطة ، فإنه إذا قرر الشخص الذى حصل على حكم بالإلغاء بعد صدور الحكم أنه سوف لا يتمسك بهذا الحكم ، فإن مثل هذا الإقرار لا يكون له أى أثر على الحكم المذكور ويبقى أثر الإلغاء قائماً »

كما أشار حكم المجلس فى قضية Association pour linteret de la Residenca a Ecully [٥٩] إلى القول بأن آثار حكم الإلغاء تختلف عن الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أو القضاء الكامل ، فإن حكم الإلغاء لا يمكن التنازل عنه ولا يتصور إنهاء الحكم بتنازل صاحب المصلحة ، بل تبقى آثاره قائمة ويبقى ذا حجية قبل الكافة .

ونخلص مما تقدم إلى أن التنازل عن الدعوى من جانب رافعها غير ذى أثر وقاصر عن إحداث آثاره ، بل يتطلب الأمر تدخل القاضى لإنزال حكم القانون وإثبات التنازل .

أما فيما يتصل بالتنازل عن حكم الإلغاء فإنه لا يعتد به ، بل يبقى الحكم قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية ، أما فيما يتعلق بالأحكام الأخرى ، فهى قابلة للتنازل وينتج أثره فيما بين أطرافها .

الفصل الثانى

إتجاهات الفقه والقضاء المصرى فى صدد فكرة النزول عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى

مما يجدر التنويه إليه هنا ، أن موقف الفقه والقضاء فى صدد المسألة المعروضة ، يختلف عن موقف الفقه والقضاء الفرنسى . محور هذا الاختلاف أن قضاء مجلس الدولة المصرى أنكر كل صور التنازل ولتباين هذا الاختلاف ، قد يكون من المفيد أن نعرض لتطبيقات من قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد .

وفى ضوء ما تقدم ـ تنقسم دراستنا ـ فى هذا الصدد ـ على النحو الآتى :

المبحث الأول : رضاء صاحب الشأن بقبول مزايا أدنى لما هو مقرر لوظيفته .

المبحث الثانى : رضاء صاحب الشأن بالتنازل عن الحق الذى تولد له بمقتضى قرار التعيين .

المبحث الثالث : نظرة موجزة عن التنازل عن الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء وعن أحكام القضاء الإدراى .

ونتناول الموضوعات المتقدمة بالتفصيل على النحو التالى .

المبحث الأول

رضاء صاحب الشأن بقبول مزايا أدنى لما هو مقرر لوظيفته

فمعظم تطبيقات قضائنا الإدارى [٦٠] تقوم على فكرة رضاء الموظف بقبول وظيفة أقل ومرتب أدنى لما هو مقرر أصلاً لمؤهله مخالفا بذلك قواعد الإنصاف التى تقررت فى عام ١٩٤٤ ، وكانت تهدف فى المقام الأول إلى تحسين حال الموظفين بتحديد درجاتهم ورواتبهم ، وأن هذه الأمور الأساسية فى حياة الموظف لا تخضع لإتفاق بين الحكومة والموظفين وإنما ينبغى أن تكون محددة وواضحة لا يثار بشأنها لبس أو غموض وذلك بالنص عليها فى القوانين واللوائح التى تنظم الوظيفة العامة . وقد تجدت تلك المبادئ فى أحكام قضائنا الإدارى بإنكار صور التنازل وأشكاله المختلفة التى تندرج فى إطار هذا المفهوم ، فقضى فى حكمة بتاريخ ٢٢ من فبراير ١٩٥٤ [٦١] بأنه « إذا كان التنازل قد إنصب على حق مقرر للموظف قانونا وواجب الحكومة العمل على وصوله لصاحبه لا المساومة عليه باطلاً ، لأنه صدر بدون مقابل أو سبب مشروع ، ذلك لأنه لايجوز أن يتفق على تعديل حق للموظف أو تخفيضه أو يتمسك بما يجرى عليه من تنازل فى شأنه ، لأن علاقة الموظف بالحكومة علاقة تنظيمية لائحية » .

فالتنازل قد إنصب على حقوق مقررة بنص القانون أو اللائحة وأن هذه القواعد تستهدف المصلحة العامة وأن تلك المصلحة وثيقة الصلة بالوظيفة التى تقوم علاقة الموظف فيها بالحكومة على أسس تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح لاعلاقة تعاقدية ، فلا يصح الإتفاق على ما يخالفها . أما فى شأن التنازل عن المزايا الشخصية أو الحقوق المكتسبة التى تقررت للموظف نتيجة تطبيق المركز النظامى عليه تطبيقاً فردياً ، ففى هذه الحالة يمكن أن يتنازل عنها بشرط أن يتم ذلك بمحض إرادته دون إلزامه من قبل الإدارة [٦٢] .

وقضاؤنا الإدارى [٦٣] مستقر فى شأن تكييف العلاقة بين

الموظف والحكومة على إنها علاقة تنظيمية لائحية تنظمها القوانين واللوائح لاعلاقة تعاقدية .

وقد إختلفت التصورات التى قال بها القضاء لتبرير التنازل !! فقد صور التنازل بأنه صلح وقضى المجلس ببطلانه وذلك فى حكمه بتاريخ ١٩٥٤/٢/٢٢ (٦٤) الذى أشار فيه إلى أن الإتفاق الذى تم بين الحكومة والموظف بشأن قبول الموظف التنازل عن حقوقه أو تخفيضها يعتبر صلحاً باطلاً . فالصلح هو من العقود الرضائية الملزمة للجانبين وبه ينحصر النزاع وتنقضى الحقوق والإدعاءات التى تنازل عنها أى من المتعاقدين (٦٥) فتكييف هذه الحالة بأنها صلح باطل لأنه انصب على حقوق للموظفين تقررت بموجب القوانين واللوائح ، وأن هذه القاعدة تستهدف المصلحة العامة وأنه لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها ، كما أن علاقة الموظف بالإدارة تعتبر علاقة لائحية وليست تعاقدية .

وتكييف التنازل بأنه عقد (٦٦) موقع بين الإدارة والموظف باطل أيضاً لمخالفة ذلك لأحكام القانون التى تحدد درجة الوظيفة ومرتبها ، كما أنه باطل لمخالفته للنظام العام ولا يعتد به لإنطوائه على إمتهان كرامة الوظيفة العمومية بجعل راتبها ودرجتها محلاً للمساومة واستغلالاً للحاجة إليها مما يجب أن تتنزه عنه .

وأخيراً قد إنتهى قضاؤنا الإدارى إلى إعتبار إقرار الموظف (٦٧) كتابة بقبول التعيين فى درجة أقل أو قبول مرتب أدنى لا يعتد به ولا يحول بين الموظف وبين المطالبة بتسوية حقوقه فى الدرجة أو المرتب حسب مؤهله ووفقاً للقواعد المقررة بموجب القوانين واللوائح .

ومن أحكامه الحديثة حكمه بتاريخ ١٩٧٣/٢/٢١ (٦٨) وجاء فيه : « أن قبول العامل التعيين فى ظيفة أدنى وكتابة إقرار بذلك لا يعتبر تنازلاً عن حق قرره له القانون » .

والمستفاد من أحكام القضاء الإدارى ، أن رضاء الموظف أو قبوله وضعاً مخالفاً للقوانين واللوائح التى تنظم الوظيفة ، يقع باطلاً ولا يعتد به لما فيه من إستغلال غير مشروع لحاجة الموظف وأمثاله ، ولا يصح الإعتداد برضائه بالدرجة أو الراتب الذى تقرر له ، ولا بالإقرار الذى وقعه بقبول التعيين فى درجة أو راتب أقل ، ولا يحول دون المطالبة بحقوقه المشروعة وتصحيح وضعه طبقا للقانون واللوائح التى تنظم الوظيفة العامة .

وهل يتطلب هذا التصحيح إلغاء القرار الصادر بالتعيين فى وظيفة أدنى أو تقاضى مرتب أقل ؟

وقد أجاب القضاء (٦٩) على هذا التساؤل بقوله : « إن تصحيح هذا الوضع لا يستلزم إلغاء القرار الصادر بالتعيين لأن الخطأ فى تحديد الدرجة والمرتب لا يؤثر فى صحة هذا القرار متى صدر من السلطة المختصة وبأداة قانونية وكان الموظف مستكملا لشروط التوظف المنصوص عليها فى القوانين واللوائح ، فالتعيين فى الوظيفة العامة يتم بالقرار الإدارى الذى تفصح بمقتضاه السلطة الإدارية عن إرادتها فى إلحاق موظف بالخدمة ، أما الدرجة والراتب اللذان يستحقهما هذا الموظف بسبب تعيينه ليسا شرطا من شروط التعيين وإنما هو أثر من

آثاره وحق استمده من القوانين واللوائح ولا يجوز للسلطة الإدارية الاعتداء عليه بوضع الموظف فى درجة أدنى أو منحه مرتبا أقل مما قدرته له القوانين واللوائح » .

ونخلص مما تقدم إلى أن العلاقة بين الموظف والحكومة علاقة قانونية فلا سلطان لغير القانون فى تنظيمها ، ومن ثم فلا دخل لإرادة الموظف فى تقرير الحقوق التى تخول له والالتزامات التى تفرض عليه فالمرتب الذى يمنح له وشروط التوظف كل ذلك لا يكون محل مساواة بل يعينه القانون فلا يمكن أن يرتبط الموظف بالحكومة على ما يخالف أحكامه وإذا ما وقع هذا الارتباط وتراضيا عليه فلا يكون هذا التراضى ملزما لها ونافذا عليهما بل يكون باطلاً . وقد استقر القضاء الإدارى على إبطال كل اتفاق ارتضى به الموظف مرتبا أقل مما قررته القوانين واللوائح لوظيفته باعتبار أن تحديده متعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه . كما لم يقبل القضاء أن يؤول موقف الموظف بأنه قد تنازل عن حق له فيتقيد بهذا التنازل ، ذلك أن حقه فى المرتب المعين بالقانون لا يقبل التنازل عنه للحكومة كليا أو جزئيا .

المبحث الثانى

رضاء صاحب المصلحة بالتنازل عن الحق الذى تولد له بمقتضى قرار التعيين

إنتهينا إلى أن القضاء قد أنكر صور التنازل وأشكالها التى تتناول أموراً تتعلق بقبول الموظف لوظيفة أقل ومرتب أدنى لما هو مقرر له بمقتضى القوانين واللوائح .

وقد عرض على القضاء تطبيقات تتعلق بتنازل صاحب المصلحة عن قرار تعيينه فى الوظيفة العامة ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بتاريخ ١٩ يناير ١٩٦٧ (٧٠) وجاء فيه :

« من حيث الأصل أن القرار الإدارى هو تعبير عن ارادة منفردة أى إرادة الإدارة وحدها ولكن من القرارات الإدارية الفردية ما يتوقف صدوره على إرادة الأفراد ، فالقرار الصادر بالتعيين أو الترخيص أو بمنح الجنسية مثلاً يتوقف على طلب ذى المصلحة ... وهذه القرارات ليست لها طبيعة متميزة عن سائر القرارات الإدارية ، فإذا ما إشترط القانون موافقة ذى المصلحة لصدور قرار إدارى فإن اختصاص الإدارة فى هذه الحالة يصبح مقيداً من حيث أنها لا تستطيع إصدار ذلك القرار إلا إذا قام سببه الذى عينه المشرع وهو طلب ذى المصلحة ، أما فيما عدا ذلك فإن الأحكام العامة للقرارات الإدارية تشمل جميع أنواع القرارات سواء إشترط تقديم طلب استصدارها أم لا .. » ويتضح من هذا الحكم أنه وإن كان الأصل فى القرارات الادارية أن تصدر عن إرادة الإدارة وحدها (أى تصرف انفرادى) بمعنى أن إرادة الأفراد أصحاب المصلحة لا يعول عليها فى هذا الشأن وأن القرار يصدر دون مشاركة أو مساهمة من جانب صاحب المصلحة ، فإنه مع ذلك يشير بأن إرادة ذى المصلحة تساهم ولو بصورة بسيطة فى إصدار القرارات الإدارية ويظهر ذلك فى صورتين :

الأولى : بطريق الطلب وتكون فيه موافقة الفرد ضرورية قبل إصدار القرار بمعنى ألا يصدر

القـــرار إلا بنـــاء على طلـــب ذى الشأن ، وهنا تعتبر موافقة صاحب الشأن أو طلبه سبباً للقرار .

فالقرار الإدارى يجب أن يقوم على سبب يبرره فلا تتدخل الإدارة إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونيـــة تســـتدعى تدخلهـــا ، فلا يجوز قبول إستقالة موظف لم يقدم هذه الإستقالة فالطلب هنا هو الحالة الواقعية التى تسوغ تدخل الإدارة .

وفى هذا تقول إدارة الرأى لوزارة الأشغال فى الفتوى رقم ٦٢٤ فى أبريل ١٩٥١ [٧١] فى شأن الإستقالة : « إذا كانت الإدارة تملك إصدار القرار بمجرد قيام السبب الذى يبرر إصداره فإنه يتعين أن يظل السبب قائماً حتى صدور القرار بحيث لو زال سبب القرار قبل إصداره فإنه يمتنع على الإدارة إصداره ، فأسباب القرارات الإدارية يجب أن تكون محققة الوجود وقائمة من وقت طلب إصدارها إلى وقت إصدارها بالفعل » .

ويقول الدكتور عثمان خليل [٧٢] تأييداً لهذا الرأى« ترى محكمة القضـــاء الإدارى أن الإســـتقالة كعملية قانونيـــة ليســـت تعاقداً بالمعنى المفهوم قانوناً ، وهو الذى يقوم على تلاقى الإيجاب من أحد المتعاقدين مع قبول الطرف الآخر ، بل هو مركز قانونى ينشأ فى الأصل بقرار الرئيس المختص بقبـــول الإســـتقالة التى أثارهـــا الموظف بطلبه » .

غير أنه مما يجب التنبيه إليه أن إختصاص رئيس المصلحة بقبول الإستقالة أو عدم قبولها رهن بأن يثار هذا الموضوع بطلب من الموظف يعرض فيه الإستقالة عن رضاً صحيح لا يشوبه شئ من تأثير أو ضغط خارجى وأن يظل الطلب قائماً فى الوقت الذى يصدر فيه الرئيس قراراً بقبول الإستقالة .

والثانية : من القرارات التى تشترك فيها إرادة الشأن مع إرادة الإدارة فتكون موافقة صاحب الشـــأن ضرورية لنفاذها بعـــد إصدارها ، بحيث إذا لم يوافـــق صاحب الشـــأن على القرار بعد صدوره فإنه لا ينفذ ، ومن قبيـــل هذا النوع من القرارات ، قرارات التعيين فى الوظيفة العامة . فموافقة الموظف على قرار التعيين ليست سبباً للقرار وليست عنصراً من عناصرها ولكنها شرط لنفاذه بحيث إذا تخلف فإن القرار ينقضى منذ نشأته ، وإذا كان الأمر كذلك فيما يتعلق بصدور القرار من التفرقة بين القرارات التى لا تحتاج إلى الكشف عن إرادة الأفراد فيها وتلك التى تطلـــب مســـاهمة الأفـــراد فى إصدارها بناء على طلبها أو ضرورة موافقتها ، على إختلاف فى نطاق كل من هذين النوعين من القرارات . فماذا يكون الحال فيما يتعلق بنفاذ القرارات الإدارية ؟ وهل للأفراد دور فى إنقضائها ؟

يقتضينا التفصيل فى هذا الخصوص بيان التفرقة بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية .

فيما يتعلق بالقرارات التنظيمية .

الأصل فى هذه القرارات أنها تصدر لترتيب المصلحة العامة ومن ثم فهى ليست بحاجة إلى إرادة الأفراد للمساهمة أو المشاركة فى إصدارها وإنما تصدرها الإدارة لما لها من سلطة بمقتضى القانون .

ومن الثابت أن للإدارة من الجهة المقابلة ولاية إلغاء قراراتها

التنظيمية العامة فى أى وقت حسبما تقتضيه المصلحة العامة وذلك بالنسبة للمستقبل ، وتبقى آثاره قائمة فى الماضى ، على نحو ما سنفصله فى موضعه .

وسجل قضاؤنا الإدارى هذه القاعدة المستقرة فى حكمه الصادر بتاريخ ٤ من مايو ١٩٤٩ [٧٣] وجاء فيه « أن قضاء هذه المحكمة قد إستقر على التفرقة بين القرارات الإدارية التنظيمية العامة وبين القرارات الإدارية الفردية وأنه يجوز للإدارة سحب القرارات التنظيمية العامة سواء بالإلغاء أو التعديل فى أى وقت تشاء حسبما تقتضيه المصلحة العامة » .

وأصبح من المنطقى أن القرارات التنظيمية تخرج عن نطاق تنازل الأفراد وذلك ترتيباً على أن الأفراد ليس لهم دور أو دخل فى إنشائها ، كما أنها فى الأصل لا تنتج حقوقاً أو مزايا .

فيما يتصل بالقرارات الفردية :

من المسلم به أن القرار الفردى الذى لم يولد حقاً يمكن إلغاؤه كما يمكن سحبه وأن هذا النوع من القرارات لا يثير إشكالا ، أما القرار الفردى الذى أنشأ حقاً فإنه لا يجوز سحبه أو إلغاؤه إلا فى الحالات التى يحددها القانون . أما القرارات الباطلة فإن حرية الإدارة فى سحبها تتقيد بمدد الطعن القضائى ، كما سيجئ تفصيلاً فى موضعه ، فالإدارة هى الجهة صاحبة الولاية فى وضع حد لنفاذ القرار أو إنهائه بالنسبة للمستقبل ، أو بالنسبة للمستقبل والماضى أيضا ، فهل للأفراد دور فى إنقضاء القرار الإدارى الفردى ؟

المنطق القانونى المجرد يقتضى القول بأن إرادة الأفراد تؤثر فى شأن إنقضاء القرار بدرجة متساوية لدرجة مساهمتهم فى نفاذ تلك القرارات ، ولكن ذهب الفقه والقضاء إلى القول بعكس ذلك .

وقد أثير هذا التساؤل فى شأن تنازل الفرد عن قرار تعيينه فى الوظيفة العامة .

وهل يعد قبول الشخص المعين للوظيفة شرطاً لنفاذ القرار ؟ وهل يعد إمتناعه عن القبول نقضاً للقرار وزوال آثاره ؟

فقد أجابت المحكمة الإدارية العليا على ذلك فى حكمها بتاريخ ١٩٥٩/١٢/١٢ [٧٤] بقولها : « إن قرار التعيين ، وإن كان هو المنشئ للمركز القانونى فى هذا الشأن ، وهو مركز تنظيمى عام لا مركز تعاقدى ، وأن رضاء الموظف وإن كان لاينهض ركناً فى إنشاء المراكز العامة ، إلا أنه بطبيعة الحال يلزم لتنفيذ القرار ، فلا يجبر الموظف على قبول الوظيفة العامة » .

ويجدر بنا ، أن ننوه إلى أن الحكم قد صدر بخصوص منازعة تتعلق بأمر التكليف ، وهل للمكلف الحق فى أن يضم مدة التكليف إلى مدة خدمته ؟ وقد أشار الحكم فى هذا الصدد ، بأن رضاء الموظف بقبول الوظيفة مستبعد ، ذلك أن التكليف أساساً يقوم على إستبعاد هذا الرضا ، ويصدر جبراً على الملكف لضرورات المصلحة العامة [٧٥] .

فالتكليف ، أداة إستثنائية فى وظائف الوزارات ، وله نطاقه القانونى الخاص به ،وينطوى على مساس بحرية المكلف فى العمل ، ولذلك لا يجوز التوسع فيه أو

القياس عليه وتبقى القاعدة فى هذا الشأن ، وهى عدم إجبار الموظف على قبول الوظفية العامة ، ولـه حريـة قبولهـا أو عـدم قبولها [٧٦] .

وقد فصلت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٩٧٩/١١/٢٢ [٧٧] هذه القاعدة بقولها : « إن التعيين فى الوظيفة العامة يعتبر عملية مركبة تتحلل إلى صدور قرار بالتعيين وقبول المعين للوظيفة وتسلمه لأعمال الوظيفة فعلاً ، ويعتبر عدم قبوله الوظيفة شرطاً فاسخاً يسقط قرار التعيين بأثر رجعى من وقت صدوره لنظرية الشرط الفاسخ ، ولما كان قبول الوظيفة عملا إداريا له مظهر مادي وهو تسليم الموظف لأعمال الوظيفة وبالتالى تكون واقعة إستلام العمل هى الترجمة عن قبوله للتعيين فيها وما يترتب على هذا القبول من سريان قواعد الوظيفة العامـة التى تعلـق نفاذها فى حقه على شـرط قبـول الوظيفة » .

وفى الحقيقة أن هذا الحكم قد حلل بدقة بالغة عملية التعيين فى الوظيفة العامة وتحديد دور الفرد المعيـن فى الوظيفـة مـن أنـه لا يتعدى قبوله لها ، فإذا إمتنع عن قبولها فإن أثره ينصرف إلى إهدار القرار بأثر رجعى .وهذا الإتجاه يوافق ما إنتهى إليه الفقه الفرنسى والمصرى ، من إعتبار قرار التعيين معلقاً على شرط فاسخ ، وبتحقق هذا الشرط ينقضى القرار بأثر رجعى ويصير كأن لم يكن .

مع ملاحظة أن العميد سليمان الطمـاوى [٧٨] ذهـب إلى أن « الأصل فى تعيين الموظف ، أن يتم وينتج آثاره بمجرد صدور قرار التعيين لا بقبول الموظف ، وذلك مبناه أن الوظائف تنشئها القوانين ، فتحـدد حقوقهـا وواجباتهـا ، بصرف النظر عن شاغلها ، وأما قبول الموظف فليس إلا مجرد خضـوع لأحـكام الوظيفـة Staut des fonctions بحقوقها وواجباتها » .

فقرار التعيين ، هو عمل قانونى ، يعتبر بمثابة جواز مرور يدخل الموظف فى نطاق نظام قانونى معين يحكمه .

كمـا قـد أشـار العميـد الطماوى [٧٩] فى موضع آخر من نفس المؤلف إلى أن قرار التعيين وإن كان يصدر من جانب الإدارة وحدها ، فيجب أن يقبله الموظف بطبيعة الحال ، وأن قرارات التعيين ، هى قرارات إدارية تصدرها وحدها دون مشاركة من الموظف ، وإن كان من اللازم لنفاذ قرارات التعيين أن يقبلها الموظف صراحة أو ضمنا » .

هذا ، ويجب أن يكون القبول لاحقاً على قرار التعيين فلا يسوى بينه وبين الطلبات التى يتقدم بها الأفـراد ملتمسـين تعيينهم فى وظيفة عامة ، أى أن هذه الطلبات لا تعد قبولاً مسبقاً إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة [٨٠] .

ويختلف الحكم فى حالة قبول الموظف للوظيفة عن حالة عدم قبوله لها من حيث إنقضاء القرار وزوال آثاره :

ففى الحالة الأولى : حالة قبوله للتعين فى الوظيفة :

هذه الحالة لا تثير إشكالاً ، فمن المسلم به ، أن قرار التعيين ينتج أثـره من تاريخ صـدوره ، لا من تاريخ قبول المعين فى الوظيفـة ، أما تسـلم الموظـف للعمل فهو مجـرد واقعـة عادية

لا تولد سوى آثاراً مالية تتعلق بحق الموظف فى الحصول على مزايا الوظيفة المادية [٨١] .

وفى الحالة الثانية : حالة رفض قبول المعين للوظيفة :

ففى هذه الحالة ، أى فى حالة عدم قبول الموظف للوظيفة فإن هذا الرفض يمكن أن يحدث صراحة أو ضمناً [٨٢] . ونتيجة لهذا الموقف يتعين على الإدارة أن تتدخل لإنهاء هذا الوضع الذى نشأ من جراء رفض الموظف التعيين فى الوظيفة وإتخاذ إجراءات تعيين آخر فى الوظيفة الشاغرة التى رفض الموظف التعيين فيها .

ووفقاً لهذا فإن رفض قبول الوظيفة يؤثر بطريقة غير مباشرة فى وجود القرار ذاته وإن كان هذا التأثير غير كاف لإنهاء القرار ، بل يتطلب تدخل الإدارة لإنهائه بسحب قرار التعيين وإزالة آثاره القانونية ، وإتخاذ إجراءات تعيين جديد فى ذات الوظيفة .

وقد أشارت محكمتنا الإدارية العليا [٨٣] إلى حالة قريبة للحالة التى نحن بصددها ، وهى حالة عرض الإحالة إلى المعاش مع ضم المدة الباقية لبلوغ سن الستين وفقاً لقانون العاملين المدنيين السائد آنذاك وما يترتب على هذه التسوية من آثار مالية ، فإن رفض المدعى هذا العرض يسقط القرار ، وقد جاء فيه على وجه الخصوص « ... إن عدم قبول الموظف العرض ، يسقط القرار ويصبح غير ذى أثر ، وبالتالى لا يترتب عليه حقوق ولا ينشئ مراكز قانونية ، إذ أن هذا القرار لم يجاوز حد العرض الذى لم يصادف قبولاً من المدعى » .

ورفض الموظف المعين للوظيفة أى بتنازله عن الإستفادة من الحق الذى تولد له من القرار ، يمكن تبريره بأنه تنازل عن الحقوق والواجبات التى تقررت بموجب القرار ، ويشترط أن يتم ذلك بمحض إرادته وإختياره ولا يعد هذا التصرف من جانبه تنازلاً عن القرار الصادر بتعيينه . وذلك على نحو ما أشرنا فى أكثر من موضع إلى أن صاحب المصلحة أجنبى عن القرار فى جميع مراحله منذ بداية نشأته إلى زواله وإنقضائه ، ففى البداية يصدر القرار بإرادة الإدارة وحدها ، وفى النهاية تتدخل الإدارة لإنهاء القرار وإزالة آثاره بأثر رجعى .

وقد أخذت محكمتنا الإدارية العليا ، بوسيلة السحب لإنهاء قرار التعيين الذى رفض صاحب المصلحة للوظيفة المعين فيها ، فى حكمة بتاريخ ٢٣ من فبراير ١٩٦٥ [٨٤] بقولها :

« إن سحب قرار تعيين المدعى هو إعدام القرار بأثر رجعى ، وبإعدام هذا القرار تعتبر صلته بوظيفته منقطعة ، ويعتبر فى حكم من يصدر أصلاً قرار بتعيينه » .

المبحث الثالث

نظرة موجزة عن التنازل عن الدعوى اثناء نظرها أمام القضاء وعن أحكام القضاء الإدارى

إنتهينا مما سبق إلى أن القضاء الإدارى المصرى قد أقر بشرعية تنازل الفرد عن الحق ، الذى تولد له من القرار الإدارى وذلك فى الحالات التى تكون فيها موافقة الفرد ضرورية قبل إصدار القرار ، بمعنى ألا يصدر قرار إلا بناء على طلب ذى الشأن ، أو القرارات التى تشترك فيها إرادة ذى الشأن مع إرادة الإدارة ، فتكون موافقة

صاحب الشأن ضرورية لنفاذها بعد إصدارها ، بحيث إذا لم يوافق صاحب الشأن على القرار بعد صدوره فإنه لا ينفذ ومن أمثلة هذا النوع قرارات التعيين فى الوظائف العامة .

وهـل يصـدق هذا القول على التنازل عن الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء وعلى الأحكام الصادرة فى دعوى الإلغاء والدعاوى القضائية الأخرى ؟

سنتعرض - فى دراسة هذا الموضوع - إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول

فيما يتعلق بالتنازل عن الدعوى اثناء نظرها

لقد أخذ قضاؤنا الإدارى بقاعدة جواز هذا التنازل وإعتبار الخصومة منتهية وهذا ما أشار إليه فى أحدث أحكامه بتاريخ ١٩٧٩/١/٣ وجاء فيه [٨٥]

« المنازعة الإدارية ولو كانت طعناً بالإلغاء ، قد تنتهى بالترك أو بتسليم المدعى عليه بطلبات المدعى متى توافرت الشروط القانونية المطلوبة ، وينتج الترك أو التسليم أثره فى الحدود القانونية التى عينها القانون ، ويقتصر مهمة القضاء عندئذ على إثبـات ذلك نزولاً على حـكم القانون ، دون التصدى للفصل فى أصل النزاع » .

ويستشف من هذا القضاء أن للمدعى أن يتنازل عن دعواه أثناء نظرها أمام القضاء بالترك أو التســليم بطلبـات الخصـم (المدعى عليه) التى أثارها فى عريضة دعواه ، ومهمة القاضى فى مثل هذه الأحوال تقتصر على إثبات إرادة التنازل دون التصدى للفصل فى أصل النزاع [٨٦] .

المطلب الثانى

التنازل عن حكم الإلغاء واحكام غير الإلغاء

أشرنا سلفاً ، إلى أن القانون قد أباح لصحاب الشأن التنازل عن دعواه بترك الخصومة أو تسليمه بطلبات خصمه فى الدعوى وإثبات ذلك فى محضر الجلسة فهل يجوز التنازل عن الحكم الصادر بالإلغاء والحكم بغير الإلغاء ؟

ويجدر بنا أن نشير إلى أن الحكم الصادر بالإلغاء يكون حجة على الكافة ومفاده أن الدعوى بإلغاء قرار إدارى ، هى فى واقع من الأمر إختصام لذات القرار بحيث إذا إنقضى القرار ، أصبح كأن لم يكن لا بالنسبة إلى طرف الخصومة وحدها بل بالنسبة إلى الكافة [٨٧] .

فحكم الإلغـاء بهذه الصـورة لا يرد عليه ولا يتصور أن يرد عليه التنازل ، وذلك لتعلق الحكم بذات القرار لا بأطرافه فلا يؤثر فيه تنازل الأطراف ولا يعول على تنازلهم وذلك على خلاف الأحكام الصادرة من المحاكم المدنية ومن محكمـة القضـاء الإدارى بغير الإلغـاء ، فإن الأصـل فيها أن حجتها مقصـورة على أطرافها وحدهم ، أو بمعنى آخر أن حجيتها نسبية وذلك لأنها تصدر فى صدد دعاوى حقوقية يطالب المدعى فيها بحق ذاتى له [٨٨] .

ومن قبيل الأحكام الأخيرة الأحكام الصادرة برفض دعاوى الإلغاء لاتسرى فى شأنها قاعدة الحجية المطلقة التى يحتفظ بها قانون مجلس الدولة للأحكام الصادرة بالإلغاء دون غيرها . وعلة ذلك واضحة لأن الحكم قد

يكون صحيحاً بالنسبة للبعض وباطلاً بالنسبة لآخرين ، وكذلك الأحكام الصادرة فى قضاء العقود الإدارية ، فهى ذات حجية نسبية لا تتعدى طرفى الخصومة ، ومن ذلك أيضا الأحكام الصادرة فى أقضية التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة والتى اعتراها عيب من العيوب المنصوص عليها قانوناً .

وقد ميزت المحكمة الإدارية العليا ، بين التنازل عن الحكم الصادر فى دعوى التسوية والتنازل عن الحكم الصادر بالإلغاء ، وأجازت التنازل عن الحكم الصادر فى الأولى دون الثانية .

وقد أشارت إلى ذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٥/١٨ وجاءت فيه [٨٩] : « إذا كانت الدعوى المتنازل عن الحكم الصادر فيها من دعاوى التسويات فأيا كان الرأى القانونى فى أحقية المدعى فإن مثل هذا التنازل جائز قانونياً ـ ذلك أن الوضع الذى يحظره القانون ويمكن العدول عنه فى أى حالة كانت عليها الدعوى وهو ذلك التنازل الذى يتعلق بدعوى الإلغاء الأمر فيها بالنظام العام الذى على أساسه تبنى الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية . كما وأنه يبدو من أقوال المدعى نفسه أن الجهة الإدارية أخذت فى اعتبارها هذا التنازل وعاملته على أساسه فلا يجوز له بعد ذلك التنصل منه على أى وجه من الوجوه ما دام قد صدر صحيحاً » .

ونخلص مما تقدم إلى أن التنازل عن الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء غير ذى أثر ، بل يتعين تدخل القاضى لإثبات هذا التنازل نزولا على حكم القانون دون أن يتصدى للفصل فى أصل الدعوى ، وتعتبر الخصومة منتهية بهذا التنازل .أما فيما يتعلق بحكم الالغاء ، فإنه لا يرد عليه التنازل لصدوره مشمولاً بالحجية المطلقة فى مواجهة الكافة ، أما صور الاحكام القضائية الاخرى فحجيتها نسبية مقصورة على أطرافها ، فيرد عليها التنازل من قبل أصحاب المصلحة فيها .

الفصل الرابع

نظرة جديدة فى شأن طبيعة علاقة الموظف بالإدارة

تباينت الإتجاهات فى شأن مسألة النزول عن الحق المتولد عنه القرار الادارى .

فقد تبنى الفقه والقضاء الفرنسى فكرة النزول عن الحق المتولد عنه القرار الإدارى فى نطاق الوظيفة العامة فى الحدود والضوابط المتقدمة .

بينما أنكر الفقه والقضاء فى مصر فكرة النزول عن الحق المتولد عن القرار الادارى ، وإستبعاد هذه الفكرة فى نطاق الوظيفة العامة .

وسبق أن أبدينا تساؤلاً مؤداه هل يجوز للموظف النزول عن ترقيته ، أو تعيينه أو القرار الصادر بنقله .

ويتنازع الإجابة عن هذا التساؤل رأيان :

الراى الاول : ومؤداه عدم مشروعية التنازل ويقوم هذا الرأى على الآسباب الآتية :

١ ـ أن قرارات الترقية والتعيين وغيرها هى قرارات تتعلق بالمركز

التنظيمى أو اللائحى للعاملين الذين تربطهم بالدولة أو المؤسسات العامة علاقات قانونية عامة غير تعاقدية وتنشأ عنها حقوق ذاتية لهم إتصال بحقوق غيرهم من العاملين فى ذات الجهة ، وبالتالى فإنها إذا ما صدرت صحيحة وطبقاً لأحكام القانون لا يجوز المساس بها أو سحبها أو إلغاءوها لما يترتب على ذلك من مخالفة لأحكام القانون الذى ينظم تلك العلاقة أو الرابطة العامة وجعلها متصلة بالنظام العام ولا يجوز ترتيباً على ذلك الخروج عليها أو الإتفاق على مخالفتها حتى لوترتبت على حقوق تلك القرارات الإقرار بمصلحة العاملين المرقين لأنه من الواضح أن قرار الترقية فى ذاته يعطى العامل ميزة وبرفع فئته ، وبالتالى لا يضربه ، وإذا كان القرار يؤدى إلى الإضرار بالعامل ويحرمه من ميزة فى المستقبل فإن ذلك الضرر لا يعتبر متولداً أو ناشئا عن قرار الترقية نفسه . وإنما يحدث بصورة غير مباشرة بسبب تطبيق أحكام قانونية بعيدة عن قرار الترقية (٩٠) .

٢ـ أن سلطة جهة الادارة يوضع ضوابط أخرى للترقية تكون مقصورة على إضافة ضوابط أخرى غير الواردة بها فى حالات الترقية بالاختيار تتفق مع القانون ، ومن ثم فإنه لا يسوغ للسلطة المختصة وضع ضوابط للترقية بالأقدمية وتقتصر الضوابط على النسبة المخصصة للترقية بالإختيار والدرجات التى تكون الترقية إليها بالإختيار كالأولى وما فوقها.

٣ ـ أنه لا يجوز لجهة الإدارة وضع ضوابط للترقية بالإختيار تتعارض مع أحكام الترقية . كأن يتقدم العامل بطلب يوافق فيه على العمل خارج القاهرة وإلا تخطته الإدارة فى الترقية فان هذا الإقرار لا يعتد به ، إذ ان هذا الإقرار بطلب العلاقة بين العامل والحكومة الى علاقة تعاقدية يكون لإرادة العامل دور فيها مع ما فى ذلك من تعارض ومخالفة للمبدأ المقرر من أن العلاقة بينهما هى علاقة لائحية تحلها القوانين واللوائح التى توجب على جهة الادارة ترقية العامل الذى حل علية الدور ، مادام قد أستوفى شرائطها . وتخول فى ذات الوقت السلطة فى نقله للعمل فى أى جهة كانت طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة وضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد » (٩١)

كما أنه ليس صحيحاً ، ما قد تضعه الإدارة من ضوابط الترقية للعاملين .

ولا غرابة فى ذلك ، فإن مشروع القانون فى شأن الوظائف المدنية والقيادية فى الجهاز الإدارى للدولة والقطاع العام ، كما يبين من عنوانه ، ينطبق على طائفتين من العاملين .

الأولى : العاملين بالجهاز الإدارى للدولة .

والثانية : العاملين بالقطاع العام .

وكما هو معلوم ، أن علاقة العاملين بالجهاز الإدارى للدولة ، تختلف على علاقة العاملين بالقطاع العام . فالأولى ، ذات طبيعة لائحية أو تنظيمية .

والثانية : ذات طبيعة تعاقدية هذا بالإضافة ، إلى أن القانون قد أخذ فى بعض أحكامه بمظاهر العلاقة التعاقدية ، إذ نص فى م١/٢ منه على أن يكون شغل

أى مـن هـذه الوظائـف (أى الوظائف المدنية القياديـة) لمدة لا تجـاوز ثـلاث سنوات قابلة للتجديد طبقاً لأحكامه ، كمـا نصت م ١/٣ . على أن تنتهى مـدة تولى الوظائف القيادية بإنقضاء ثلاث سنوات على تاريخ شغل العامل لها ، ما لم يصدر قبل ذلك بثلاثين يوماً على الأقل قرار من السلطة المختصة بالتعيين بتجديدها لمدة أو لمـدد أخـرى ، وذلك بشرط ان يكون قـد حقـق شاغل الوظيفـة بكفـاءة متميزة الاهداف المسئول عن تحقيقها وفقاً لمعايير الأداء المنصوص عليها .

صفوة القول ، أن الأصل أن علاقة الموظف بالإدارة ، لائحية أو تنظيميـة . ولهـذه العلاقـة قواعدها الضابطة وأهمها قاعدة ضمان سير المرفق العام بانتظام وأضـطراد .

بيد أن النزول عن الحق المتولد عن القرار الإدارى وعلى سبيل المثال ـ الترقية ـ يؤثر لامحال فى العلاقة اللائحية بإعتبار أن هذا النزول إقـر من آثـار العلاقـة التعاقدية فى علاقات القانون الخـاص .

وفى هذا الصدد يؤثر التنازل فى هذه العلاقـة ، بقـدره وفى حدوده ، دونما تجاوز ، بما يعنى تأثر العلاقة اللائحية التى تربط الموظف بالادارة فى حدود التنازل فحسب ، وأن تظل هذه العلاقة كما هى عليه محتفظة بطبيعتها وآثارهـا .

الرأى الثانى : (٩٢)

مؤداه شرعية النزول عن الحق المتولد من القـرار الإدارى ويقـوم هذا الرأى على الأسانيد التالية :

١ ـ أن قرار صاحب الشأن بتنازله عن الحق المتولد عن القرار الادارى (الترقية مثلاً) لا يعتبر ضابطاً أو معياراً قد وضعته جهة الإدارة للترقية بإختيار إذ أن هذا الإقرار لا يعدو أن يكون هو عدم رغبة أو تنازل عن حق من حقوق الموظف ، فله أن يتنازل عنها ، ولو قبل الحصول عليها .

٢ ـ إن المشرع قد أجاز فى قانون المرافعات تنازل الخصم عن الحكم الصادر لمصلحته لأن الحكم كفاءة عامة من شأنه أن يبين حقوق الخصوم التى كانت لهم قبل رفع الدعوى ويقررها ، ويسرى ذلك المبدأ على الأحكام الصادرة من جهات القضاء الإدارى فى دعاوى التسوية ، فيجوز التنازل على تنفيذ الحكم الصادر لمصالحة ضـد الجهة الإدارية بإعتباره صاحب حق شخصى وله أن يتنازل عن حقه . (٩٣)

٣ ـ إن إقرار العامل بعدم رغبتـه فى الترقيـة إلى وظيفـة ما نظـراً لظروفـه الخاصـة ، يسـتهدف تحقيق الصالح العـام الذى يعتبر هو الغاية من شغل الوظيفة من سبق إنتدابه للوظيفة التى سيرقى إليها (٩٤) أو ضرورة أن يكون العامل قد قبل القيام بأعمال مدير منطقة بالهيئة العامة للتأمين والمعاشات وأن يكون وفق بالمدة لهذه المنطقة (٩٥) أو إضافة ضابط مقتضاه ضرورة قبول العامل للقيام بالوظيفة المرشح إليها فان هذا الضابط يعتبر مخالفاً لأحكام القانون (٩٦) .

هذا بالإضافة الى ما تقدم ، إن الضوابط يجب أن تكون من العموميـة والتجريـد بحيـث لا تقتصر على فئة أوفئات بذواتهم من العاملين دون غيرهم وألا تكون مخالفة لأى حكم من أحكام الترقية بالإختيار بحيث

تهدر قاعدة الترقية المنصوص عليها فى القانون ذاته وعنصراها الكفاية مع التقيد بالأقدمية فى ذات مرتبة الكفاية [٩٧] . وينتهى هذا الرأى الى عدم شرعية النزول عن الحق المتولد من القرار الادارى ، للإعتبارات المتقدمة ، فضلاً عن أن الأخذ بوجهة النظر العكسية مؤداه الإخلال بمبدأ العلاقة اللائحية التى تربط الموظف بالإدارة بما مئوداه إن للعامل دور فى تنظيم هذه العلاقة بما يضر بحسن سير المرفق العام بإنتظام وأضطراد .

وينتهى هذا الرأى الى شرعية النزول عن الحق المتولد من القرار الإدارى على إطلاقه تأسيساً على أن النزول عن الترقية على سبيل المثال هو حق للموظف ، فلا يجوز مصادرة هذا الحق أو وضع قيد عليه . كما أن هذا النزول يبرره المصلحه العامة ، التى هى وبنفس القدر الغاية من شغل الوظيفة ، وبالتالى فجهة الإدارة أن تتخذ من الإجراءات التى تراها مناسبة فى هذا الصدد ، فمن الأحسن سير المرفق العام بانتظام وأضطراد .

رأينا فى هذا الصدد :

فى الواقع أن لكل من الرأيين السابقين أسبابه وحجته وغاياته ، التى يرنو إليها . وفى مقام الموازنة والترجيح بينهما أمر بالغ الصعوبة . فالرأى الأول يسانده مبدأ قانونى غدا من قبيل المسلمات فى فقه القانون الإدارى ، والثانى يسانده المنطق وبعض الإعتبارات العملية التى تدور وجوداً وعدماً مع المصلحة العامة التى غاية شغل الوظيفة العامة فى ذاتها .

وإزاء هذه الصعوبة ، فإن رأينا يقوم على محاولة التوفيق بين الرأيين السابقين . وبداية ان مناط شغل الوظيفة العامة هى تحقيق المصلحة العامة ، وضمان لحسن سير المرفق العام بإنتظام وأضطراد . فإذا تعارضت مصلحة المرافق مع صالح الموظف العام ، فلا خلاف فى تغليب المصلحة الأولى على الثانية . بحسبان أن تلك المصلحة هى مصلحة الجميع .

وفى هذا الصدد ، فإذا رغب العامل فى النزول عن حقه المتولد من القرار ، بترقيته مثلاً الى وظيفة أعلى ، أيا كان الإعتبار ، سواء لعدم قدرته على الوفاء بأعباء الوظيفة ومتطلابتها ، أو مراعاة لطبيعة الوظيفة وظروف أدائها ، أو غير ذلك من الإعتبارات فإنه لاغبار على جهة الادارة . فى هذه الحالة فى سحب قرارها بقرار تصدرة طبقاً للشروط ووفقاً للأوضاع المقررة قانوناً ، وأن تكون مستهدفة تحقيق المصلحة العامة . وأن سبيل السحب يستغلق أمام الإدارة إذا على صاحب الحق عن نزوله قبل ان تحدد الادارة موقفها فى هذا الصدد أو بمعنى أخر إن لصاحب المصلحة أن يعدل عن تنازله مادام إن الإدارة لم تحدد موقفها بوضوح أو تتخذ مسلكاً ايجابياً حيال تنازله ، فإذا بادرت بإتخاذ اجراءات السحب ، فإنه يتعذر عملية الرجوع فى تنازله ، وتبقى منطقة العدول عن التنازل محصورة فى الفترة من تاريخ تنازله الى وقت تدخل الإدارة بسحب القرار .

وهذا النظر يحقق صالح الموظف نفسه مصالح المرفق ذاته . فالترقية على سبيل المثال لا تعدد أن تكون تعييناً فى الوظيفة

الأعلى . ويعترض موافقة من يقع عليه الإختيار للترقية لشغل تلك الوظيفة فلا يكره عليها . فإذا أثر البقاء فى وظيفته فلا تتريب عليــه فى ذلك . أذ ان الترقيــة لا تعدو حقا من حقوقه المقررة فى قوانين التوظف .

أما صالح المرفق ، فإن الإدارة بوضعها القوامة على سير المرافق العامــة معنية بالدرجــة الأولى بضمان سير المرفق العام بإنتظام وأضطراد ولا يتأتى ذلك إلا بإطلاق يدها فى إتخاذ القرارات التى تراها مناسبة لتحقيق هذا الهدف فإذا أثر الموظف الذى وقع عليه الإختيار للترقية فى البقاء فى وظيفته والتنازل عن حقه فى هذا الشأن ، فلا تتريب عليها أن سحب هذا القرار وأصدرت قراراً بترقية فمن تتوافر فيه شروط شغل الوظيفة .

ولكن يبقى التسأول هنا ، هل الإقرار للموظف بالحق فى التنازل يغير من طبيعة العلاقة اللائحية التى تربطه بالوظيفة ؟

وفى صدد الإجابة عن هذا التسأول ، يرى البعض « ان الإقرار للموظف بهذا الحق فى التنازل لا يغير من طبيعة العلاقة اللائحيــة التى تربــط بالوظيفــة ولا مخالفة فيه لما هو مقرر من أن المركز الوظيفى (مجموعة حقوق والتزامات الوظيفة) هو مركز لائحى تنظمه القوانين واللوائح ، وأنه لا يجـوز تعديــل أو تقريــر مزايــا خاصــة لبعض الموظفيــن أو الإنتقاص منها ، فليس فى التنازل شئ من ذلك ولا خروج منه على واجبــه فى أداء اعمـــال الوظيفة .

أما من وجهة نظرنا ، فهى مخالف الرأى السابق ، ذلك أن الإقرار للموظف بالحق فى التنازل يؤثــر بلا شــك فى طبيعة العلاقة اللائحية التى تربطه بالإدارة ، إذ إنه وبحب الأصل أن الإدارة تسند الوظيفه سواء بطريق التعيين أو الترقيـــــة الى الموظـــف دون استشارته أو أخذ رأيه ، إذا القول بعكس ذلك مؤداه الإخلال بضمان سير المرفق العام بإنتظام وأضطراد . فالإقرار للموظف بالحـق فى التنازل من شأنه إلى يؤثر فى العلاقــة اللائحيــة التى تربــط الموظف بالإدارة ، وبهذا القدر نحسب ، وذلك ليس مؤداه قلب العلاقة اللائحية رأساً على عقب ، أو قيلهما الى علاقة تعاقدية بحدة على نحو ، هو مقرر فى علاقات القانون الخاص ، إنما يبقى الأصل أن العلاقة ذات طبيعة لائحيه ، وتتأثر من حين الى أخر بمظاهر العلاقه التعاقدية ، ولذلك فالجهة الإدارة ترقية من يليه فى ترتيب الأقدامية كقاعدة عامــة تحقيقــا للصالــح العــام ، اذ ان ترقية العامل حــال كونه برفض هـذه الترقية يضر بالوظيفة ويجعل أدائـــه للوظيفة ضعيفاً مما يضـر المرفق العام الذى يعمل به .

٤ ـ أن الترقية لا تعدو أن تكون تعيينا فى الوظيفة الأعلى ، فهى وان كانت تتم بقرار من السلطة المختصة باجرائها وفقاً للقواعد والضوابط المقررة لها فى القانون ، إلا أنها تفترض موافقة من يقع لها الإختيار للترقية لشغل الوظيفة الأعلى ، فلا يكره عليها ، وهى لا تعـدو حقــا من حقوقـــه المقررة فى قوانين التوظيف متى أستوفى شرائطها ، فإذا تطلبت شروط شغلها وطبيعة مهما مهما أن شرطا لم يتحقق فى الموظف أوتحقق فيه وصدف سببا مؤثراً البقاء فى وظيفته ، ولم يكن فى ذلك إخـــلال بحــق ســير العمـــل

ونظمه ، فلا على الادارة ان إستجابت لذلك ، ورقت الراغبين فيها دونه ، وشأن هذه الحالة شأن إشتراط اجراء امتحان للترقية أو دورة تدريبية سابقة عليها ، فلا يختلف النظر فى أثر عدم تقدم الموظف للامتحان أو الدورة ، من حيث تخلف الشرط وصحة ترقية المتقدمين للإمتحان أو الدورة دون من لم يتقدموا أو الناجحين دون من لم يوفقوا . ثم إنه إذا كان للموظف فى حال عدم ترقيته مع ترقيته مع عدم صحة ذلك أن يسلك سبيل الطعن فى القرار بتخطية بالإلغاء ، ثم يعدل عن طلبه أو يتنازل عن الحكم بإلغاء القرار لصالحه والحق الثابت له بمقتضاه وله إبتداء ، أن يسقط حقه فى هذا الطلب فهو تنازل عن حقه فى الحصول على المركز الذاتى الخاص بشغل الوظيفة الأعلى بطريق الترقية وبحسب الأصل ، فالاقرار له بهذا الحق فى التنازل ، لا مخالفة فيه لما هو مقرر فى أن المركز الوظيفى (مجموعة حقوق والتزاماته الوظيفة) هو مركز لائحى تنظمه القوانين واللوائح ، وأنه لا يجوز تعديله أو مخالفته ١ بتقرير مزايا خاصة ببعض الموظفين أو الا نتقاص منها - فليس فى التنازل شئ من ذلك ولا خروج به على واجبه فى أداء أعمال الوظيفة ، حين تقضى نقله الى جهة غير التى يعمل بها ، مادامت الإدارة قد قدرت أنه ليس فى ذلك أخلال بمصلحة المرفق وحق سير العمل به ، وهو تقدير يوافق ما تطلبته هى ، إبتداء مما يفترض رضاء الموظف به ، مما هو فى حقيقة الأمر لا يعدو أن يكون شرطاً إشترطته لشغل الوظيفة وهو تقدم العامل بطلب منه لذلك ، ويحمل التنازل على أن ايثار منه بعدم تقديم الطلب ، ولا يصح القول بإجباره على ذلك ولا يعتبر ذلك فى شئ تغيراً لطبيعة للعلاقة اللائحية التى تربطه بالوظيفة ولا تعديلات للقواعد المنطمه لها . ومقتضى ذلك أن ينتج التنازل أثره ، فلا يعود له الحق فى الطعن فى القرار بترقية غيره الى الوظيفة .

الأمر الذى يؤدى بالضرورة الى الجمع بين الطبيعة اللائحية والتعاقدية فى نطاق الوظيفة العامة إذا إقتضت الضرورة ذلك والإعتبارات عملية بحتة وعلى التفصيل السابق .

العدل ...

العدل جنة المظلوم ، وجحيم الظالم .

امير المؤمنين عمر بن الخطاب

(١) سليمان الطماوى ، إلوجيز فى القانون الإدارى ، دراسة مقارنة ، ١٩٨٩ ، ص ٤٧٣ وما تلاها .

(٢) طعن رقم ٢/١١٩٥ق ، جلسة ١٩٥٦/١١/٢٠ ، وطعن رقم ٧/١٧٤٩ق ، جلسة ١٩٦٥/٥/١ منشورات بالموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء التاسع عشر ، ص ٢٤٨ وص ٣٥٣ على التوالى . وفى هذا المعنى طعن رقم ٩/٩٢٣ق ، جلسة ١٩٧١/٣/٢٨ منشور بالموسوعة المشار اليها ، الجزء الثانى عشر ، ص ٢٦٣

(٣) راجع تقرير مفوض الحكومة Long فى تعليقه على حكم المجلس فى قضية Ville de Nice بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢ ، منشور بمجلة القانون العام الفرنسية ١٩٥٧ ص٥٧٥ BLUMANN (Ciaude) : La renonciation en Dcoit administratif Fracais There Poitier 1974 .p . 112

(٤) والتنازل فى فقه القانون الخاص ، هو تصرف تام ومنجز وذلك بأعمال الإدارة المنفردة للمتنازل ، وأنه لا يتوقف على قبول شخص آخر راجع Grammatikas رسالته فى « النظرية العامة للتنازل فى القانون المدنى الفرنسى » باريس ـ ١٩٧٠ ص٨١ .

(٥) أبو شادى الإدارية العليا ، ق ١٠٥٩ ل ٧ جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥ ، الجزء الثالث ص ١٣٥١ ، أبو شادى . الدعوى والتشريع ، ق ٨٢٥، ١٩٦٧/٦/٢٩ الجزء الثالث ص ٢١٦٨ وما تلاها . القضاء الإدارى ق ٣٢٤ ل ٢٨ جلسة ١٩٧٨/١١/١٩ س ٣٣ ق الطعن المقام من خليل شنوده خليل ضد وزير العدل وآخر (غير منشور) ، وأيضا هوريو موجز القانون الإدارى والقانون العام ١٩٢٧ ص ٣٥٧ .

(٦) Chaperou La Parrticipation a L'elaboration de l'acie adm . unilateral p112 , 117 . Depuis, Suria Formet laprocedurede l. acte adm . etudescoordonneesparis 1979

(٧) راجع القضاء الإدارى ، ق ٧٣٤ ل ٣٢ جلسة ١٩٧٩/٣/٢٤ فى الطعن المرفوع من أحمد ماهر نقل ضد وزير استصلاح الأراضى وآخرين (غير منشور) .

(٨) (v) C.E.F. 20 Fev . 1924, P.194 .

(٩) C.E. 28 Mars 1930 , P. 361 .

(١٠) C.E . 19 Nov . 1954 Casanova " Table " P . 811 R.D.P. 1955 P. 223

(١١) C.E. 5 Juillet 1957 , p . 402

(١٢) راجع تقرير مفوض الحكومة Tricot فى قضية M.Anglade مجموعة سيرى ١٩٥٧ ص ٤٠٢ .

(١٣) يراجع Basset رسالته السابقة ص ٩٩ .

(١٤) راجع Basset رسالته السابقة ص ١٣٣ . هامش (١)

(١٥) C.E 25 mara 1960 Auge p. 220

(١٦) ونشير إلى الفقرة المشار إليها بالمتن ، والمتعلقة بشروط سحب القرار فيما

يتعلق بتنازل صاحب الشان عن الحق الذى تولد له وجاء فيها :

"...il nest pas constate que le decret 27 Fevrier 1956 , netant entache daucune illegalite qu ilavaitainaicreedes droits au profit du requerant qu il n aurait par suite pu etre legalement rapporte qu au cas eut renonce aux droits qu il tenait du dit decret

(١٧) C.E. 24 fev . 1967 De Misitre A.J.D.A. 1967 . P. 343 Note peiser . J.C.P 1967 No . 15068 concl Rigaud .

(١٨) C.E. 14 mai 1954 Clavel , R.D.P. Apartir de quelle date un acte administrati prodiit - il ses effets . p 801 ets . note waline .

(١٩) ويجدر بنا ، التنوية إلى ان هناك فارقا بين تاريخ إنتاج القرار لأثاره وبين ميعاد الطعن بالإلغاء فالقرارات تنتج آثارها إعتباراً من تاريخ صدورها ، أما فى شأن الطعن فى القرارات الإدارية بالإلغاء ، فتسرى مواعيد الطعن اعتباراً من تاريخ نشرها أو إعلانها للأفراد راجع أودن القضاء الإدارى ، ١٩٦٥ - ١٩٦٦ ص ٧٤٠

(٢٠) C.E. 19 des 1952 . Delle Mottei S 1953 . 38 . Geza , 1963 . p. 109

(٢١) Le dccisions Portant nomination ou pxomation . prçcriscnt

(٢٢) V.C . E 6 Mai 1956 . R.D.p. 1956 . P. 1130

(٢٣) راجع BASSET رسالته السابقة ص ١٣٣ هامش ١ .

(٢٤) راجع بلومان ، رسالته السابقة ، ص ١١٤ ، وقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها فى الطعن ٢٩٨ ل ٦جلسة ١٩٥٣/٦/١٧ ، بأن المعاش ليس حقاً مقرراً لكل موظف بل هو ميزة يرتبها القانون .

(٢٥) C.E. 9 Jan . 1953 p.5 .

(٢٦) "N. est etait suscptibie - de porter atteinte ni aux droits acquis du requerant ni a ceux des tires " la Documentation Francaise Jurisp udence du Conseil dEtat, principales decisisions 1973 - 1974 , p.27 .

(٢٧) C.E. 2 mars 1966, Rec, p.165.

(٢٨) Note peiser, A.J.D.A . 1967 , p. 342

(٢٩) راجع بلومان . ص ١١٥

(٣٠) راجع بلومان رسالته السابقة ، ص ١١٨ .

(٣١) راجع بلومان ، رسالته السابقة ص ١١٩ .

(٣٢) بلومان . رسالته السابقة ص ١١٩ .

(٣٣) راجع Muzellec رسالته السابقة ص ٢٤١ ، وذهب إلى ، أن القضاء قد إستبعد تطبيق قاعدة عدم سحب القرار الفردى السليم والمنشئ للحق ، فى حالة تنازل صاحب الشأن عن الحق الذى تولد له من القرار .

(٣٤) راجع أيضاً .

C.E. 29 nov 1974 . Barras . Barras . R.D.P 1975 . Retrait dun acte suis sur la demande de l interesse . p . 112 - 1128 . note walinc .

(٣٥) V.C.E. 28 mars 1930 Sieur Bolelli , 361 " general a pulegalement de rapporter la nomination ....

V. egalement Rongere (pienette) . Le procede lacte type , 1966 panis p. 207

(٣٦) ROLLAND, precis de doit adm 1947 6 ed 2. 52, R.D.p 1948 . 103 LAUBADERE Droit adm 1063 9ed .p.562

وايضاً د . عبد القادر خليل رسالته ، نظرية سحب القرارات الإدارية القاهرة ١٩٦٤ ص ٣٩٠ .

(٣٧) v.C.E. 2mars , 1966 Rec, p.165.

(٣٨) راجع الإدارية العليا ، الطعن رقم ٣٤ ل ٢٠ جلسة ١١ من فبراير ١٩٧٨ س ٢٣ ، فى الطعن المقام من سمعان لبرت فيكوز وآخرين ضد وزارة الصناعة وآخرين (غير منشور) .

(٣٩) V.C.E. fev 1924 . Rec . R 194 . 28 Mars 1930 . Bolelli Rec . P . 220

(٤٠) C.E. 25 Mare 1960. 20 . 23 janv 1976 . francois . p. 53 ei s

(٤١) راجع جيرو ، مقاله بعنوان « سلطة الإدارة التقديرية » المنشور فى المجلة العامة للإدارة سنة ١٩١٤ الجزء الثالث ص ٩ وما تلاها .

(٤٢) راجع د . كامل ليلة الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) ١٩٧٠ طبعة بيروت ص ٦٤ . د . عصام عبد الوهاب البرزنجى رسالة بعنوان السلطة التقديرية والرقابة القضائية » القاهرة ، ١٩٧١ ص ١٠٠ ، راجع فالين ، مبادئ القانون الإدارى الطبعة السادسة ١٩٥١ ، ص ١٣٤ .

(٤٣) راجع د . سليمان الطماوى نظرية التعسف فى أستعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) دراسة مقارنة الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٧٣ وما تلاها ، وأيضاً مقاله بعنوان « السلطة التقديرية والسلطة المقيدة » مجلة الحقوق س ٤ عدد يناير ١٩٥٠ ص ٩٧ وما بعدها ، د . فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإدارى ، القاهرة ١٩٧٣ ص ٧٨٤ وأيضا راجع رسالة د . محمد حسن فى السلطة التقديرية ١٩٧٤ . ص ٥١ وما تلاها حيث إنتهى فى تعريف السلطة التقديرية إلى أنها الحرية التى تترك للإدارة لتقدير مناسبة الإجراء السبب وميزته أنه يشير إلى مكمن هذه السلطة بين عناصر القرار الإدارى فى الأحوال العادية راجع دلوبادير ، مبادئ القانون الإدارى ، طبعه السادسة ١٩٧٣ ص ٢٦٠ حيث وصف السلطة التقديرية بأنها حرية الإدارة فى إصدار هذا الإجراء أو ذاك وفى إختيار الحل المناسب من بين تلك الحلول . وأيضاً مؤلفه طبعه ١٩٥١ ص ٧٢١ .

(٤٤) راجع فالين ، مقاله بعنوان « سلطة الإدارة التقديرية وحدودها » منشور بمجلة القانون العام ١٩٣٠ ص ١٩٧ ص ٢٢٣ .

(٤٥) راجع د . الطماوى . المرجع السابق ، ص ٧٤ .

(٤٦) سبقت الإشارة إليه ، وراجع أيضاً ، . C.E.4dec 1953 Sarra A.I.D.A 1953. II.p.52

(٤٧) راجع حكم المجلس فى قضية desfour (سبقت الإشاره اليه)

(٤٨) عبارة الحكم المشار إليها فى المتن تجرى على النحو التالى :

Le ministre conservait ... ia faculte de rapporter Sil le jugeait appartun dite decision

ويذهب د . عبد الحميد حشيش إلى « أنه يترتب على تحديد إبتداء العلاقة الوظيفية بصدور القرار وقبل إبداء المعين بقبوله بعض النتائج التى قد تسبب الإضرار بالموظف ، إذ أنه يكون محلا للإجراءات القانونية والمطالبات القضائية المترتبة على صفة الموظف العام ، ولا يدخص هذا بأن فى مكتبه أن يتخلص من كل هذه النتائج برفض التعيين فتسقط عنه صفة الموظف العام بأثر رجعى ، إذ أننا بذلك قد نكرهه على التخلى عن وظيفته ، وربما يكون راغباً فيها ومحتاجا إليها ، وفى حالة عدم الرفض ، فإننا نحمله تبعاتها والتزاماتها عن فترة قد تكون سابقة على علمه بقرار التعيين » (راجع مؤلفه فى دراسات الوظيفة العامة فى النظام الفرنسى . ١٩٧٧ : الطبعة الأول ص ٧٦)

هذا هو ما أشار إليه قضاؤنا الإدارى فى حكمة بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٠ بقوله :

« إن العبرة فى بدء العلاقة الوظيفية هو بتاريخ القرار الصادر بالتعيين والمنتج لأثره من وقت صدوره حتى صدر هذا القرار منجزاً أو من التاريخ الذى أسند التعيين إليه » ، القضاء الإدارى ، ق ٧٠٦ ل ٣٢ جلسة ١٩٨٠/٥/٢٠ س ٣٤ ، فى الطعن المقام ماهر حنا تاوضروس ضد رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للتأمين والمعاشات (غير منشور)

(٤٩) راجع تقرير مفوض الحكومة Tricot ، السابق الإشارة إليه ص ٤٠٧.

(٥٠) C.E. juill 1967. Ecole privee de filles de prodelles. er-cministre d education. R.D.D. 1968. p. 187 . concl . M. B nard .

(٥١) Note peiser, A.J.D.A 1967 p.343 ets .

(٥٢) راجع أودن ، المرجع السابق القضاء الإدارى الجزء الثانى ، طبعة ١٩٦٥ - ١٩٦٦ ، ص ٧٣٧ .

(٥٣) راجع Tricot تقريره السابق ص ٤٠٢ ، وما تلاها .. عكس ذلك ذهب الفقيه (Beziers M. H.) فى رسالته La notian de fonctionnaire public cn droit francais باريس ١٩٤٦ ص ٩١ إلى القول بأن الوظيفة الشرعية تمنح الشخص بعض المزايا والمظاهر المعنية منها إرتداء حلة معينة والإشتراك فى الإحتفالات الشرقية وحضور بعض جلسات المجالس دون إبداء رأى فى الجلسة

Sans voux deliberative ، وإنتهى إلى أن الموظف الشرفى لا يعتبر موظفاً عاماً ، ورتب على ذلك نتيجة مؤداها ، أن سحب قرار إسناد الوظيفة الشرفية لا يعد بمثابة جزاء تأديبى ، بالتبعية فإن الضمانات المقررة فى هذا الخصوص وبصفة خاصة الإطلاع على الملف ، ليس من الواجب مراعاتها ، ولا يترتب على إغفالها بطلان القرار .

(٥٤) V.P. Malaurie encyclopede Dalloz . droit civil nonciation, p. 524 no 79 . etc

(٥٥) C.E. 8 avirl 1961, Rec, p 220

(٥٦) راجع بلومان ، رسالته السابقة ، ص ١٢٨

(٥٧) راجع بلومان رسالته السابقة ص ١٢٩ .

(٥٨) حكم المجلس ق ١٣ من يوليو ١٩٦٧ (سبقت الإشارة إليه) . وأيضاً .
C.E. 2juin 1933 , Ruez. S. 1934. 3.22

(٥٩) C.E. 28 Janv 1972, R.D.P. 1972. P.1531

(٦٠) راجع على سبيل المثال : القضاء الإدارى ق ١١٠٩ل٥ جلسة ١٩٥٣/١/١٩ س٧ص٣٨، ق ١٤٥٤ ل ٦ فى جلسة ١٩٥٣/٦/١٧ س ٧ص ١٦٢٦

(٦١) راجع على سبيل المثال القضاء الإدارى ق٣٨٠ ل ٦ جلسة ١٩٥٤/٢/٢٢ س ٨ ص ٧٥٥ .

(٦٢) يراجع أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى ، الوجيز فى القانون الإدارى ١٩٧٤ ص ٨٤٥ ، وأيضا مؤلفه الوجيز فى القانون الإدارى طبعه ١٩٧٢ ص ٤٣٦ فتوى الجمعية رقم ٢٣٥/٤/٨٦ فى ١٩٦٢/٣/١٨ .

(٦٣) راجع القضاء الإدارى ق ٤٤٨ ل٦ قضائية جلسة ١٩٥٤/٣/٧ س٨ص٨٦٣ ، ق ٨٠٨ل٥ جلسة ١٩ من يناير سنة ١٩٥٣ س٧ص٣٣٦ ، مبدأ مستمر ، راجع القضاء الإدارى ق ١٤٠٩ ل ٣١ جلسه ١٩٧٩/٢/٢٠ . س ٣٤ فى الطعن المقام من عبد السلام موسى محمد ضد وزير الإعلام والثقافة وآخر (غير منشور) .

(٦٤) س ٨ ص ٧٥٥ (سبقت الإشارة إليه) .

(٦٥) راجع القضاء الإدارى ق ١٩٩ ل ٣٢ جلسة ١٩٧٩/٢/٢٠ س ٣٣ ، فى الطعن المقام من عزيز نجيب بسطورس ضد كل من وزير الإقتصاد والتعاون الإقتصادى والنائب العام (غير منشور) .

(٦٦) راجع القضاء الإدارى ٩٤٤ ل ٦ جلسة ١٩٥٣/٤/١٥ س ٧ ص ٩١٢ وأيضاً ق ١٠١٣ ل ٥ جلسة ١٩٥٢/٦/١٩ . س ٦ ص ١٢٣٧ وأيضاً راجع سمير صادق مؤلفه السابق بند ٧٩٠ .

(٦٧) راجع القضاء الإدارى القضية رقم ١٠١٣ل ٥ جلسة ١٩٥٢/٦/١٩ س ٦ ص ٢٣٧ . ق ٧٣٤ل٦ فى جلسة ٥٣/٤/١٥ س ٧ ص٩١٠.

(٦٨) القضاء الإدارى (الدائرة الاستئنافية) ق ١٢٥٨ ل ٤ جلسة

١٩٧٣/٢/٢١ س ٤ فى الطعن المرفوع من هلال شحاته ضد وزارة النقل والمواصلات (غير منشور)

(٦٩) راجع القضاء الإدارى ٢٧٣ل ٤ جلسة ١٩٥١/٥/٢٤ س ٦ص ٩٦٢ .

(٧٠) يراجع القضاء الإدارى ق ٧١٧ الصادر بتاريخ ١٦ من يناير ١٩٦٧ المجموعة فى ثلاث سنوات من أكتوبر ٦٦ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٩ ص ٤٩ .

(٧١) يراجع مجموعة الفتوى والتشريع . فتوى رقم ٧٦٢٤ فى ١٩٥١ . س٤/٥ ص ١٠٩٧ .

يراجع فى ذلك أيضا حكم محكمة ٢٣٢ القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٠/١١/٢٢ س٤ص٤٠٦

(٧٢) راجع د . عثمان خليل . مجلس الدولة ص ٢٣٢ .

(٧٣) راجع القضاء الادارى القضية رقم ٦٧٢ ل ٢ جلسة ٤ من مايو ١٩٤٩ س ٣ ص ٧١٥ وأيضا ق ٤٢٤ ل ٣ جلسة ١٩٥١/١/١١ س ٥ ص ٤٢١ ، ق ١٤٥٩٥ ل ٨ س ١٠ ص ٢٣١ ، مبدأ مستمر ، القضاء الإدارى ق ١٤٠٩ ل ٣١ جلسة ١٩٧٩/٢/٢٠ س ٣٤ (سبقت الإشارة إليه).

(٧٤) راجع ، الإدارية العليا ، القضية رقم ٧٠٩ جلسه ١٩٥٩/١٢/١٢ س ٥ ص ٩٤ .

(٧٥) إن الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور تقضى : « بأنه لا يجوز فرض أى عمل جبراً على المواطن إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل ، وعلى هذا فإنه إذا رؤى تكليف خريجى كلية معينة بالعمل فى الحكومة فترة محددة فإنه يتعين استصدار قانون بذلك » .

راجع مجموعة المبادئ التى قررها قسم التشريع فى خمس سنوات من أول أكتوبر لسنة ١٩٧٠ إلى آخر سبتمبر ١٩٧٥) ملف رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٧٢ جلسة ١٩٧٢/١١/١٤ مبدأ ١٤١ ص ٨١ .

(٧٦) راجع الإدارية العليا ، ق ٨٨٣ ل ٢٣ جلسة ١٩٧٩/٢/١٧ مبدأ ٦٨م ٢٤ طعن مرفوع من فتحية محمد الليثى ضد وزير الإسكان والتعمير وآخرين (غير منشور) .

(٧٧) راجع القضاء الإدارى ق ٢١٠١ ل ٢٢ جلسة ١٩٧٩/١١/٢٢ س ٣٤ ، طعن مرفوع من كمال سليمان شرف الدين ضد رئيس مجلس الدولة ووزير العدل ورئيس الجمهورية (غير منشور) .

(٧٨) راجع العميد سليمان الطماوى . الوجيز فى القانون الإدارى ١٩٧٤ ص ٤٨٢ ، ومن هذا الرأى د . توفيق شحاته .

(٧٩) راجع العميد سليمان الطماوى المؤلف السابق ص ٩٨٤ .

(٨٠) راجع د . عبد الحميد حشيش ، فى مؤلفه دراسات فى الوظيفة العامة فى القانون الفرنسى ، الطبعة الأول ١٩٧٧ ص ٧٨ .

(٨١) راجع القضاء الإدارى ق ٥١٣ ل ٢٧ جلسة ١٩٧٩/٢/٢٧ س ٣٣ ، فى الطعن المقدم من رياض عبد الصمد إبراهيم ضد نقيب المحامين (غير منشور) حيث قضت : « بأن كافة الآثار القانونية فى الوظيفة العامة تترتب على قرار التعيين ، أما تسلم العمل فإنه لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يقتصر أثرها على إستحقاق العامل لمرتبة » .

(٨٢) Eisennann . cours de droit aoministratif 1956 - 1957. P 59. 63

راجع القضاء الإدارى ، ق ٢٣٢ لسنة ٤ ق ، جلسة ٢٢ من نوفمبر ١٩٥٠ ، س ٥ ص ١٩٠ ، حيث قضت : « بإلغاء قرار السحب اللاحق على قرار التعيين ، الذى بمقتضاه تم وضع المدعى فى درجة أقل بعد فوات ميعاد سحب قرار التعيين »

(٨٣) راجع أبو شادى ، الإدارية العليا ، ق ١٢٥٩ ل ٧ جلسة ٢٣ من فبراير ١٩٦٥ الجزء الأول ص ٣٧٣ .

وفى هذا المعنى ، محكمة القضاء الإدارى ، ق ٢١٠١ ل ٣٢ جلسة ١٩٧٩/١١/٢٢ س٣٤ (حكم غير منشور) .

(٨٤) سبقت الإشارة إليه .

(٨٥) القضاء الإدارى الإسكندرية ق ٢٢٤ ل ٢٨ جلسة ١٩٧٩/١/٣ س ٣٢ فى الطعن المرفوع من الأنصارى قطب على جويلى ضد وزير التربية والتعليم وآخر (غير منشور) حيث قضت المحكمة بقولها « من حيث أن المنازعات الإدارية لاتخرج عن كونها خصومه قضائية مناطها قيام النزاع الذى هو جوهرها واستمراره بين طرفيها ومن ثم فإنها قد تنتهى بالتنازل ذلك أن الخصومة أيا كانت تتوقف نفاذها على إصرار رافعها على متابعتها إذا تنازل عنها فلا يملك القاضى سوى إثبات هذا التنازل » وأيضا نفس الدائرة ق ٥٢ ل ٣٢ جلسة ١٩٧٨/١١/١ فى الطعن المرفوع من صبحى خليل محمد ضد وزارة التموين (غير منشور) وأيضا محكمة القضاء الإلارى الدائرة الاستنافية) السنة الثانية الطعن المقيد برقم ١٣٩٧ ل ٢ ق جلسة ١٩ من مايو ١٩٧١ منشور بمجلة قضايا الحكومة ، س ١٦ عدد أكتوبر ص ١٣٥١ .

(٨٦) راجع القضاء الإدارى (الدائرة الاستئنافية) ق ٣٥ ل ١ جلسة ١٩٨٠/١/١٦ س ١١، فى الطعن المرفوع من محمد على توفيق ضد وزارة الزراعة (غير منشور) ، وأيضا نفس الدائرة وذات المجموعة ، ق ٢٧١ ل ١٠ جلسة ١٩٨٠/١/١٦ س ١١ فى الطعن المرفوع من عبد الرحيم أحمد إبراهيم ضد رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للسكك الحديدية (غير منشور) .

(٨٧) راجع القضاء الإدارى ، ق ١٩٣٤ ل ٢٦ جلسه ١٩٧٩/١/١٨ س ٣٣ فى الطعن المقام من عبد الله سلام ضد رئيس الجمهورية وآخر (غير منشور).

(٨٨) راجع مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الرابع السنة السادسة عشرة عدد أكتوبر ديسمبر ١٩٧٢ ، ص ١١٣٤ وماتلاها ، د . مصطفى أبو زيد المراجع السابق

ص ٧٧٢ وراجع أيضا ، القضاء الإدارى ، ٢٩٦ ل ٤ جلسة ٢٣ من مايو ١٩٥١ س ٥ ص ٩٦١ .

راجع مقال المستشار حسين أبو زيد ، حكم الإلغاء حجيته وآثاره وتنفيذه ، مجلة مجلس الدولة السنة الثانية ص ١٦٢ .

راجع أيضاً ، د . حسن بغدادى ، مقاله نطاق الطعن بالإلغاء وأفتتاح ميعاده ، مجلة مجلس الدولة س ٢ يناير ١٩٥٢ س ٩٠ ص ٩٤ ـ ١١٧ وخاصة ص ١٠٣ .

راجع أيضا القضاء الإدارى الدائرة الاستئنافية ، ق ١٨ ل ٨ جلسة ٩٨٠/٤/٣٠ س ١١ ، فى الطعن المقام من رئيس هيئة مفوضى الدولة عن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية لوزارة الصحة بجلسة ٢٢ من نوفمبر ١٩٧٥ فى الدعوى رقم ٨ ل ٢٢ المقامة من إبراهيم محمد هاشم ضد وزيرة الشئون الاجتماعية بصفتها (غير منشور) .

(٨٩) راجع الإدارية العليا ، ق ١٣٩٦ ل ١٤ جلسة ١٩٧٥/٥/١٨ س ٢٠ص ٤٠١ وما تلاها ، وفى هذا المعنى القضاء الإدارى فى محكمة بتاريخ ١٩٦٠/٤/٢٨ س ١٤ ص ٤٨ وجاء فيه : « أنه لا اعتداد بما دفعت به الإدارة من تنازل المدعى عن الفرق بين مرتبه القانونى ومرتبه التقاعدى ذلك أن هذا التنازل الذى ينكره المدعى لو صح فإنه لا يغير من الأمر شيئا ما دام ينصب على حالة معينة وهى حالة حصول تصفية الحقوق التقاعدية وهو شرط لم يكن ليتحقق بعد أن أتيح للمدعى تسوية وضعه بإلغاء قرار باحالته على التقاعد ... »

(٩٠) فتوى اللجنة الثالثة رقم "١٦٠٧" بتاريخ ١٩٧٤/٧/٢٢ ، ملف ٢١/٦/٢٢ ، بجلسة ١٩٧٤/٧/٩ ، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها لجان القسم الاستشارى للسنوات من أول أكتوبر سنة ١٩٧٣ الى ١٩٧٦/٩/٣٠ ، ص١١ .

(٩١) " الادارية العليا ، الطعن رقم " ٦/١٦٧٧ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٣ ، س ٢٨ " ٦٣١ " وما تلاها .

(٩٢) فتوى الجمعية العمومية ، بجلسة ١٩٨٩/١/٤ .

(٩٣) فى هذا المعنى ، الادارية العليا ، الطعن رقم " ١٧/٣٤٤ ق ، جلسة ١٩٧٣/٧/٢٣ ، والطعن رقم " ١٤/١٣٩٦ ق ، جلسة ١٩٧٥/٥/١٨ ، والطعن رقم ٨/١٤٥٣ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٢ .

(٩٤) الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٨/٣٣٨ ق ، جلسة ١٩٨٣/٤/١٧ .

(٩٥) الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٨/١٧٠٨ ق ، جلسة ١٩٨٤/٥/١٣ .

(٩٦) الادارية العليا ، الطعن رقم رقم ٦٢٨ /٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٥/١/١٣

(٩٧) الادارية العليا ، الطعن رقم ١٤٠٥ /٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٤/٢/٥ .

الصداق بين الفقه والقانون

للسيد الأستاذ
خالد شهاب
المحامى

تقديم:

لما كان المال عصب الحياة ، وشريان الحركة والنبض فى المجتمع وبه يتخذ الإنسان مكانته فى المجتمع ، وبه يستطيع أن يكسب محبة الناس وتقديرهم حثنا كتاب الله على حفظه كما فى آية الدين ، فقد أمرنا الله بالإشهاد والكتابة عند التداين ، وأباح لنا الإسلام الحنيف البيع والشراء فى سبيل الوصول إليه ، ونهى عن التبذير وأخبرنا الله فى كتابه العزيز إن المبذرين إخوان الشياطين وسوف يسألنا الله من أين إكتسبنا المال وفيما أنفقناه .ونظراً لأن المال غال على النفوس ، فقد شرع المهر للزوجات تقديراً لهن وإشعاراً بأنهن موضع حب الأزواج ورعايتهم ، فوجب تقديم المهر للزوجة عند إقترانها بالرجل .

مادة (١) لماذا سمى صداقاً ؟

سمى المال المدفوع لهن صداقاً ، وهو مشتق من صدق الزوج فى رغبته فى الزواج من المرأه ، ولما كان يضع المرأة غالباً عليها ، شرع المهر تطيباً لخاطرها ، وإشعار للزوج بأن المرأة غالية ولا يجلب الغالى إلا مثله .فلو كانت المرأة بلا مهر فربما كان ذلك إمتهاناً لها وحطا من قدرها ، فينظر الرجل إلى المرأة بعين الإحتكار ، فلا تحسن العشرة بينهما ، ولا يود الحب والوئام وقالوا قديماً " ما هان مدخاله هان مخراجه " أى ما ضاق طريق إصابته يهون فى الأعين ، فيهون إمساكه ، ومن هانت فى عين الزوج ، لحقتها الوحشة والذله .(١)

مادة (٢) تعريف الصداق فى اللغة والفقه والقانون :

هو بفتح الصاد وكسرها مهر المرأة فهو مصدر أصدق يقال أصدق الأبنة ، أى عين لها صداقاً وجمعه أصدقه وصدق .

وإن عرفنا إن الصداق هو مهر المرأة فإن لهذا المهر أسماء كثيرة . فسمى " صدقة " و " صداقاً " و " نحلة " لقوله تعالى :

" وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " الآية ٤ من سورة النساء وسمى " فريضة " لقوله تعالى " وقد فرضتم لهن فريضة " الآية ٢٣٧ من سورة البقرة وسمى " أجراً " لقوله تعالى :-

" فآتهون أجورهن " الأية ٢٤ من سورة النساء .وسمى " مهراً " لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " فلها المهر " وسمى " عقداً " لقول عمر رضى الله عنه : " ولها عقد نسائها " وسمى " طولاً " لقوله تعالى : ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات "
وسمى " حباء " لقوله رسول الله عليه السلام :

" إنما إمرأة نكحت على صداق وحباء أو عدة "

وسمى " علائق " لقول رسول الله عليه السلام :

" أدوا العلائق ، قيل : يا رسول الله وما العلائق ، قال : " ما تراضى عليه الأهلون " (٢)

وفى الفقة :

يرى الحنفية :

إسم المال الذى يجب فى عقد النكاح على الزوج مقابل البضع إما بالتسمية أو بالعقد .

يرى المالكية :

هو المال الملتزم للمخطوبة لعلك عصمتها.

يرى الشافعية :

ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً .

يرى الحنابلة :

هو العوض فى النكاح ونحوه .

تعريف الصداق فى الفقة المعاصر :

يرى بعض الفقهاء المحدثين : أن المهر هو المال الذى يجب بالزواج فى مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد والعقد يصح وإن لم يسم فيه مهراً أو نفس بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها ، لأن النكاح لغة عقد إنضمام وإزدواج فيتم بالزوجين - وهو واجب شرعاً لإظهار شرف المحل لا لصحة النكاح والدليل على أن الزواج يصح وإن لم يسم مهر في العقد قوله تعالى :

" لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أن تفرضوا لهن فريضة " حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق إلا فى النكاح الصحيح فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح " .(٣)

ويؤخذ على هذا التعريف أنه ليس تعريفاً بقدر كونه شرحاً فهو أكبر مما يجب وفى تعريف آخر نرى " أن المهر هو المال الذى يجب على الرجل للمرأة فى عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة أو دخول مبنى على عقد فاسد ومثَّل المال المنفعة التى تقوم بالمال (٤) .

إلا إننا مع تعريف آخر نرى : بأنه ما تعطاه الزوجة من مال ومنفعة بسبب النكاح " وهذا التعريف شامل مانع ، إما إنه شامل فلأنه يشمل ما إذا كان الصداق مالاً أو منفعة ، وإما إنه مانع فلا يمنع كل الإعتراضات الواردة على غيره ، ولا يخرج عنه شيء من أفراده (٥)

تعريف الصداق قضاءً :

وقد عرف القضاء فى مصر الصداق عدة تعريفات ، تعرف منها البعض لشمولها التعريفات الآخرى ، ففى حكم لمحكمة ملوى الجزئية للأحوال الشخصية ، نصت على أن " نص الفقهاء إن المهر فى مقابلة البضع ويجب بالعقد ويتأكد بالدخول ومتى تأكد لا تسقط المطالبة به مادامت الزوجية قائمة ، فقد نص فى شرح الدر فى باب المهر : أن للزوجة منع الزوج من الوطء وخلوة رضيتها حتى تستوفى ما تعارف تعجيله من المهر لأن كل وطأة فى النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر فما دامت الزوجية قائمة فسبب الوجود قائم وهو الوطء ملوى

٤٧/٢/١٢ [٦] وفى تعليقنا على هذا الحكم نجد إنه قد أسرف فى إعطاء حق الزوجة فى الإمتناع على زوجها طوال قيام الزوجية ، وهذا لا يتوافق مع العـرف والمنطق العملى ، لأنه يعنى تنازل الزوجة عن مهرها طوال عشرين عاماً أو ثلاثين ثم تمتنع عليه بحجة أنها لم تستوف مقـدم صداقها ولا تعد ناشـزة . والدليل على ذلك حكم آخر أسيوط الجزئية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ٨٥٨ لسنة ٣٨ " دعوى دين الصداق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، دين الصداق ولو فى دعوى الوفاه والوراثة تسقط - دعواه بمضى خمس عشرة سنة [٧] .

وفى حـكم آخـر لمحكمة المحلة الكبرى " يرى الحنفية أن سبب وجوب المهر هـو الزوجية ويرى الإمام الشافعى إنه ليس بواجب إلا بالفوض وإحتج بقوله : " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " والنحلة هى العطية والعطية صلة فيكون المهر صلة زائدة فى النكاح فلا يجب بعقد الزواج ، ولأن النكاح عقد زواج بالإجما

لأن اللفظ لا ينبىء إلا عنه إجماعاً فيقتضى ثبوت الزوجية بينهما ويحل الإستمتاع لكل منهما بصاحبه تحقيقاً لمقاصد النكاح إلا إنه ثبت عليها نوع ملك فى منافع البضع حتى تتحق المقاصد ولا ضرورة فى إثبات ملك المهر عليه فكان عهدة زائدة فى حق الزوج صلة لها ، وقوله تعالى ". وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم " أخبر الله سبحانه وتعالى أن حـل ما وراء ذلك على إنـه لا جـواز للنـكاح إلا بالمال ولأن ملك النكاح لم يشـرح لعينـة بـل لمقاصـد لا حصول لها إلا بالدوام على النـكاح والقـرار عليه لا يدوم إلا بوجوب المهـر بنفس عقـد الزواج ، فمن ذلك نرى إنه بعقد الزواج وجب على الزوج المهر كما قـرره إبن عابدين " المحلة الكبرى ٤٧/٢/٢١ " [٨]

وفى حكم حديث لمحكمة النقض المصريـة بتاريـخ ١٩٧٩/٢/٢١ ، فى الطعن رقم ١٩ لسـنة ٤٨ أحـوال شـخصية " لما كان ذلك وكان الإجماع على أن أداء المهر

واجب شرعاً للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونه بحيث يجوز لها أن تمتنع عن إن تزف إلى زوجها والدخـول فى طاعتـه حتى تستوفى منه المال فى صداقها الذى إتفقا على تعجيله ولا تعد بهذا الإمتناع ناشراً عن طاعته"

مادة ٤ : هـل يلتـزم والـد الصغير بصداق إبنه :

هل الأب ملزم بدفع الصداق إلى زوج إبنه فى حالة عدم قدرة الإبن على دفعه ؟ للإجابة عن هذا السـؤال لا بـد من بحـث شقين ، الشق الأول وهو عدم ضمن الأب لإبنه والشق الثانى هو ضمن الأب لإبنه .

على الشق الأول : أجابت محكمة " كفر الزيات للأحوال الشخـصية " فى الدعوى رقم ٣٥٨ سـنة ٢٩ بقولها " مـن حيث إنه على فرض صدق وقائع الدعوى فإن المدعى عليه لا يلزم بدفع المبلغ المذكور إلى المدعية لأن والد الصغير الفقير لا يلزم بمهر إبنه إلا إذا ضمنه والمدعى عليه لم يضمن هذا المهر بإقرار المدعية كما نص على ذلك فى

باب المهر من متن الدر وشرحه وحاشية إبن عابدين "[٩] .

وعن الشق الثاني : أجابت محـــكمة " ملـــوى للأحـــوال الشخصية فى ١٩٦٣/٦/١٥ بقولها " وحيث إن إلتزام ولى الزوج لحال الصداق بمقتضى الصيغة المبينة بوثيقة الزواج " إلتزام الولى المذكور بدفعه من ماله الخاص تحت طلب الزوجة المذكورة " فى الواقع لا يحتمل أكثر من معنيين :

أحدهما : وهو الظاهر المتبادر منها إلى الولى المذكور كفالة الزوج للزوجة فى مقدم الصداق إذ الكفالة تتقيد بكل ما ينبئ عن العهدة والإلتزام فى العرف والعادة ولذا نص الفقهاء على إنه لو قال شخص لآخر الدين الذى لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أقبضه لا يكون ذلك كفالة لعدم وجود ما يدل على الإلتزام فإن وجود ما يدل عليه كالتعليق فإنه يقول " إن لم يؤد لك فلان الدين الذى لك عليه فأنا أؤديه لك فإنه يكون كفالة " " يراجع رد المختار ٢٦٥ , ٢٧٥ ، ج٤ " فأولى أن يكون صريح الإلتزام كفالة كما هو عبارة الولى المذكور فإن صريح لفظة إلتزام ، والمنصوص عليه شرعاً إن كفالة ولى الزوجة مهرها صحيح شرعاً ولو باشر عقد النكاح بالولاية عن الزوجين لإنه تفسير ومعبر فلا ترجع الحقوق إليه بشرط صحة وقبول الزوجة الكفالة فى المجلس إن كانت كبيرة فإن كانت صغيرة قام إيجابة مقام قبولها والزوجة بعد الكفالة بالخيار إن شـــاءت طالبـت الـزوج أو الـولى " الكفيل " وإنما ثبت لها مطالبة كل منهما لأن الكفالة ضم ذمة فى المطالبة وتقتضى شـغل ذمـة الأصـل إلا إذا شرطت برأة ذمته فإنها تكون حوالة إعتباراً لمعنى ولم يوجد هنا هذا الشرط .

وثانيهما : أن يكون الولى قصد أن يزوج ابنته بالصداق المبين على أن لا يجب هذا الصداق على الزوج إبتداء بل يجب عليه وهذا المعنى مع بعده عن ظاهر عبارته فهو على فرض قصده تغيير لما تقدر شرعاً من أن الصداق يجب ف ذمة الزوج بالعقد فيرد قصده عليه ويثبت الصداق فى ذمة الزوج بحكم الشرع .[١٠]

مادة (٥) لماذا كان المهر من الزوج إلى الزوجة ولم يكن العكس؟

إن النظام الطبيعى فى الوجـــود جعـــل الرجـــل يعمل لكسب المال ، والمرأة تقوم على شئون البيت ، فكانت التكاليف المالية كلها على الرجل ، وكان من المنطقى أن تكون عليه هدايا الزواج المالية أيضاً ، فهو يقدم هذا المال ليكون أمارة المودة ، وهـــو من قبيـــل البـــر وإظهار الإخــلاص .

وإن المرأة إذ تنتقل من بيت إبيها إلى بيت زوجها تستقبل حياة جديدة ، وهى تحتاج فى سبيلها إلى ثياب وزينة وعطر يليق بحالها . فكان من اللازم أن يقدم لها الزوج بعض ما يعينها على ذلك لهذا أوجب الله لها المهر وذهب العرف إلى تقديم بعضه عند الزفاف . وقد جرى عرف الناس على أن المرأة هى التى تعد البيت من أثاث وخلافه فكان من الواجب أن

يعاونها زوجها على ذلك ببعض المال يقدم لها ، فكان هو المهر أو بعبارة أدق معجله . [١١]

مادة (٦) ما هو الفرق بين المهر والدوطة ؟

المهر هو كما سبق لنا أوضحنا هو ما تعطاه الزوجة من مال ومنفعة بسبب النكاح ، وهو يدفع من الزوج إلى الزوجة فى مقابلة منافع البضع .

أما الدوطة ، فقد جاء تعريفها فى الفتاوى الإسلامية بنصها " حيث أن مبالغ الدوطة فى عرف . المسيحيين هما كمبالغ المهور عند المسلمين فكما يلزم مبلغ المهر فى ذمة ولى الزوج إذا ألزم نفسه به فكذلك يلزم مبلغ الدوطة فى ذمة والد الزوجة متى ألزم به نفسه . فالمبلغ الذى ألزم به نفسه الوالد فى واقعتنا يعتبر ديناً لازماً لذمته كسائر الديون التى تلزم الذمة ولا يعتبر من الهبة التى تتم إلا بالقبض خصوصاً وقد شرع الوالد فى إستثمار المال بنته وقد قبضت مبلغاً من ثمرته فلا ريب إن المبلغ يعتبر تركه لتلك البنت وزوجها وولدها حق المطالبة بنصيبها منه وليس للوالد حق الإمتناع عن تأديته لهما والله أعلم [١٢] .

مادة ٧ : هل تعد الزوجة ناشزة إذا لم تدخل فى طاعة زوجها بعد قبضها عاجل صداقها ؟

أجابت الأحكام القانونية المتعددة على هذا السؤال قولها فى حكم لمحكمة الجيزة رقم ٢٤/١٢٣٩ " حيث تبين من الإطلاع على قسيمة الزواج إن المدعى عليه أقبض وكيلها فى العقد . وقبض المهر " معجل صداقها " ، وبما أنها قررت إثر عرض قسيمة الزواج عليها التى قرر بها وكيلها المخول له فيها قبض صداقها إنها مانعة نفسها حتى يفيها المدعى عليه عاجل صداقها نم تاريخ العقد عليها لتدبير الوكيل المعجل وبما إن ذمة المدعى عليه قد برأت من ذلك العاجل بتسليمه إلى وكيلها ضرورة إن يد الوكيل كيد الأصيل فليس لها حق فى منع نفسها عن دخوله بها والشأن لها مع ذلك إن الوكيل فى الرجوع عليه بمثل ما قبضه ، وبما إنها لم تذكر سبباً آخر لمنع نفسها سوى ذلك فتكون ناشزة . [١٣]

وفى حكم آخر لمحكمة المنصورة الكلية للأحوال الشخصية " من حيث أن المنصوص عليه عند الإمامين إبن حنيفة ومحمد رحمهما الله " إن الزوجة إذا أجلت بعض المهر أجلاً معيناً ليس لها أن تمنع نفسها لإستيفاء الأجل ، أما عند أبى يوسف فقد إختلف النقل عنه فى هذه الحالة ففى البدائع باب المهر : إن المهر لو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً معلوماً فله إن يدخل بها إذا أعطاها الحال بالإجماع ، وفى رد المختار لإبن عابدين عن شرح الجامع لقاضخان فى باب المهر إن أبا يوسف يرى المنع فى هذه الحالة أيضاً لإستيفاء الآجل إذا لم يكن دخل بها والدخول عنده يبطل حقها فى المنع .

ومن حيث إن الخصمين متصادقان على الدخول وبعض المهر حال قد إستوفته وبعضه مؤجل إلى أجل معلوم فليس لها الإمتناع لإستيفاء ما حل أجله وإن إختلف النقل عن أبى يوسف إجماعاً [١٤] .

وكذلك الحال فى أحكام متعددة من محاكم مختلفة فى الجهات ومتباينة فى الدرجات ونستخلص من ذلك إن عدم تسليم الزوجة نفسها لزوجها بعد قبضها أو قبض وليها أو وكيلها عاجل مهرها تعد ناشزة بحكم الفقة والقانون وليس لها نفقة على زوجها حيث إنها ممتنعة عن إعطائه حقه الشرعى ولكن ما هو الحكم إذا قبضته أم المخطوبة المهر وإمتنعت الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها ؟ ما يتضح لنا من الفقة وأحكام القضاء إن الأم ليست وصيـة على الأبنـة ولا وكيلة لها ، إلا بحكم من القاضى أو بتفويض من الإبنة فهنا تنقسم الإجابة إلى شقين إذا قبضت الأم المهر وهى ليس لها صفة غير كونها أم للزوجة وإمتنعت الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها فلا تعد الزوجة ناشزة ، ولكن يحق للزوج الرجوع عل الأم بما أخذته على إنه مهر لإبنتها .

أما إذا كانت الأم وصية بحكم القضاء على الإبنة أو وكيلتها بتفويض من الإبنة ففى هـذه الحالـة تعتبـر الأم ذات صفة ، فإذا إمتنعت الزوجة عن الدخول فى طاعة زوجها بعد قبض الأم لمعجل صداقها فى هذه الحالة تعد ناشزة .

وفى حكم شهير لإستئناف كلى مصر فى ١٩٤٠/١٢/٢٦ قالت " قرر الفقهاء إن الوكالة لا تثبت ولا تترتب عليها آثارها إلا بإيجاب من الموكل أى بلفظ يدل عليها ، ولا تثبت عرفاً لأن ثبوتها بالعرف يكون نوعاً من الولاية على المال وهى لا تكون للأم طبقاً للنصوص الشريعة التى تقضى بأنه ليس لغير الأب والجد والقاضى قبض مهر البكر بدون وكالة أو وصاية ففى الهندية " للأب والجد والقاضى قبض مهر البكر كبيرة أو صغيرة إلا إذا نهته وهى بالغة صح النهى وليس لغيرهم ذلك " أ . هـ . قال إبن عابدين ويشكل قوله " وليس لغيرهم " فالأم ليس لها القبض إلا إذا كانت وصية " .(١٥)

ولكن هل يحق للزوجة إذا أجلت مقدم صداقها إن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها ؟ أجابت على هذا السؤال حكم لمحكمة أسيوط الكلية فى الدائرة المستأنفة أحوال شخصية بقولها " حيث إن الورثة صريحة فى أن المبلغ الذى بها مشروط تأجيله إلى أجل لم يحل بعد وقد دخل بها المستأنف برضاها فليس لها حق الإمتناع عن الطاعة لا قبـل حلول الأجـل ولا بعده ، أما قبل حلول الأجل فلانها لما رضيت بتأجيله فقد أسقطت حقها فى إستيفائه بالتأجيل فلا تملك الرجوع إليه لأن السقاط لا يعود ، وإما بعد حلول الآجل فلان المعقود عليه قد صار مسلماً بالدخول وبالخلوة أيضاً وبها يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع . " نص على ذلك فى الجزء الثانى من الهداية والعناية والفتح ص ٤٧٣ وفى الجزء الثامن من الدر المختار ورد المختار ص ٥٥٤ ، ٥٥٥" (١٦)

مادة (٨) بما يتأكد المهر :

المهر الواجب بالعقد فى الزواج الصحيح واجب وجوباً غير مستقر وذلك يرجع لإنه عرضه لأن يسقط كله أو نصفه

حتى يوجد ما يؤكده ، فإذا ثبت المؤكد أصبح غير قابل للسقوط يتأكد المهر بالدخول الحقيقى فى الزواج الصحيح والمـوت وهـذا بلا خلاف فيه بين الفقهاء .

وعند المالكية يتأكد المهر بإقامة الزوجة سنة فى بيت الزوج . متى كان بالغاً وكانت صالحة للإتصال الجنسى وإن لم يصل بها .

ويثبت المهر فى الزواج الفاسد بالدخول مع وجود شبهة وإذا ثبت يصبح مؤكداً لا يقبل السقوط . وذلك لعدم إحتمال أن يـرد ما يسـقطه ، وعنـد الحنفية يتأكد المهر بالخلوة الصحيحة بما لم يكن هناك مانع سواء حقيقى أو شرعى يمنع الدخول . وسوف نوضح كل من هذه العناصر بشىء من التفصيل :

أولاً الدخول الحقيقى :

يتأكد المهر ويثبت بالدخول الحقيقى سواء أكان مهر المثل أم المسمى أم أتفق عليه بعد العقـد ولا يسـقط منـه شىء إلا بابراء الزوجة لأن بالدخول قد إستوفيت أحكام العقد أو أعظمها من جانب الزوجة وهو ملك البضع ، فتجب على الزوج جميع الحقوق بعد ذلك وأوليها المهر ، فى حكم لمحكمة " ملوى الجزئية للأحوال الشخصية " نصت على " نص الفقهاء على أن المهـر فى مقابلة البضـع ويجب بالعقد ويتأكد بالدخول ، ومتى تأكد لا تسقط المطالبة به مادامت الزيجة قائمة . نص فى شرح الدر فى باب المهر ، أن للزوجة منع الزوج من الوطء وخلوة رضيتها حتى تستوفى ما تعارف تعجيله من المهر لأن كل وطأة فى النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر فما دامت الزوجية قائمة فسبب الوجود قائم وهو الوطء "

ثانياً : موت احدهما :

يتأكد المهر بالموت سواء كان موت الزوجة أو موت الزوج بلا خلاف فى ذلك بين معظم الفقهاء وذلك إستناداً إلى أن المهـر كان ثابتاً إلى أن يوجد ما يسقط بعضه أو كله مثل الفرقة قبل الدخول ، ولأن الموت أنهى عقد الزواج فيثبت المهر ويتأكد ، ولكن ما هو الحل إذا كان الموت عن طريق قتل أحد الزوجين للآخر ؟

تنقسم الإجابة على هذا السؤال إلى شقين :

أولهما : إذا قتـل الـزوج الزوجة ، ففى هذه الحالة يتأكد المهر ويثبت بلا خلاف فى ذلك بين الفقهاء .

ثانيهما : إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها ، يرى الحنفية تأكد المهر فى هذه الحالة إستناداً على أن المسقط هو الفرقة بينهما وهما على قيد الحياة ، وقد إمتنع ذلك المسقط فثبت المهر !! ولقد قال زمز إن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها ، لأن قتلها نفسها جناية وقد فوتت بهذه الجناية حـق الزوج عليها فأسقطت حقها فى المهر إذا لم يكن مؤكداً بالدخول من قبل ، ولأن قتلها نفسها كإرتدادها . وهى إذا إرتدت قبل الدخول سقط كل مهرها . [١٧]

وقال زمز مع الأئمة الثلاثة : إن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله وحجتهم فى ذلك إن قتلها زوجهـا جنايـة . وما عهـدت الجنايات

مؤكدة للحقوق ولإنها تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من المهر ، ولأن قتلها زوجها كردتها من حيث إنها أنهت الزواج بمعصية تسقط المهر كله . خاصة إن كان ذلك قبل الدخول . (١٨)

رأينا فى الموضوع :

لا خلاف فى تأكد المهر وثبوته إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ، وذلك بإجماع الفقهاء من القدماء والمحدثين ، ولكننا نرى ما يراه زمز وهو عدم تأكد المهر إذا قتلت الزوجة نفسها لأنها بذلك تكون قد إرتدت عن الإسلام وفى حالة إرتدادها عن الإسلام لا يحق لها أصلاً الزواج من مسلم ، فيعتبر وضع يدها أو ورثتها على الصداق هى يد غاصب لا حق لهم فيه ، هذا بالإضافة إلى إنها قد فوتت على الزوج الغرض من دفع الصداق وهو كما وضحنا لملك شرف المحل ، ففى حالة تفويتها على الزوج ما هو مقابل للمهر فلا يحق لها هذا الصداق .

أما إذا قتلت الزوجة زوجها قبل الدخول فنرى أن لا يحق لها صداق مطلقاً لإنها إذا أخذت ما تبقى من صداق بعد قتلها زوجها يكون ذلك مكافأة لها على قتلها زوجها ، وهذا ما لا يجيزه شرع أو منطق وخاصة مع تعدد حالات قتل الأزواج فى وقتنا المعاصر .

ثالثاً: الخلوة الصحيحة :

يتأكد الصداق فى الخلوة الصحيحة كتأكده فى الدخول ، وفى تعريف الخلوة الصحيحة هى التى يجتمع فيها الزوجان فى مكان أمن من رؤية الغير لهما والإطلاع على حالهما .

ولم يكن هناك ثمة مانع من الدخول ، ففى هذه الحالة يتأكد المهر ويثبت حتى ولو لم يحدث دخول حقيقى . وقد إشترط الفقهاء فى الخلوة الصحيحة التى تؤكد المهر الخلو من الموانع التى تمنع من الدخول الحقيقى لو تناسبت الظروف ، وهذه الموانع هى ، المانع الحقيقى والمانع الطبيعى والمانع الشرعى .

اولاً المانع الحقيقى :

وهو أن يكون بالزوجة ما يمنع الدخول بها ، كأن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول ، أو يكون بالزوج ما يمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيراً أو مريضاً فإذا كان هذا المانع لم تكن الخلوة صحيحة . (١٩)

ثانياً المانع الطبيعى :

بأن يكون معهما ثالث ، فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده . بل لا يوجد معنى الخلوه مع وجود سواء أكان الثالث صاحياً أم كا نائماً ، وسواء كان أعمى أم بصيراً ، والصبى الذى يفهم الأشياء يمنع وجوده تحقق الخلوة الصحيحة . (٢٠)

ثالثاً: المانع الشرعى :

وهو أن يكون أحد الزوجين فى حالة تمنعه شرعاً من الدخول ، كأنه يكون أحدهما صائماً ، أو تكون هى حائضاً ، فإذا كان ذلك فإن الخلوة لا تكون صحيحة . (٢١) وفى حكم لمحكمة " السيدة زينب للأحوال الشخصية " فى ١٩٥١/١٢/٢٦ " نصت " جاء فى البدائع فى باب ما يتأكد به المهر ان المهر يتأكد بأحد معان ثلاثة الدخول

والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط منه شيء بعد ذلك إلا بالإبراء من صاحب الحق ، وإما التأكد بالدخول فمتفق عليه إما التأكد بالخلوة ، فمذهبنا حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها فى نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى وإن لم يكن فى النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل وتجب العدة بعد الخلوة عندها " . [٢٢]

مادة (٩) حكم الصداق :

الصداق حكم من أحكام الزواج الصحيح وقد قرر إن العقد الفاسد لا يترتب عليه أى حكم من أحكام النكاح ، لأن الشرع لا يقر بوجوده ولكن قد يصحبه دخول ، فإذا كان الدخول بشبهة فيسقط الحد ويقر الصداق ، لأنه حينما يسقط الحد وجب الصداق على ما هو متعارف عليه فى الفقه الإسلامى . فيكون الصداق بسبب الدخول بشبهة . لا بسبب العقد ذاته ، وقالوا أن الدخول فى العقد الفاسد هو الذى يوجب الصداق . والعقد لا يوجبه ، وأما فى الزواج الصحيح فالعقد هو الذى يوجبه ويصبح حكماً من أحكامه .

مادة (١٠) ماهو حكم شرط المرأة ألف لها وألف لأبيها ؟

إنه لمن المستقر عليه فقهاً وقضاء الصداق ملك خالص للمرأة تتصرف فيه كيفما شاءت ، ولكن ما هو الحكم إذا إشترط الأب لنفسه شيئاً من الصداق الخاص بإبنته . كأن يزوجها على ألف لها وألف له .

إختلف الفقهاء فى حكم الألف الخاصة بأبيها ، بين منكر ومؤيد .

مذهب الحنفية :

إلى أن كل المشروط لها لإنه مهرها وليس للأب شيئاً من ذلك . [٢٣] .

وذهب المالكية :

إلى أنه إذا كانت المرأة ثيبا جاز الشرط وأخذ الولى المشروط له ، لأن النكاح بيدها وإن للولى مباشرة العقد ولا يمتنع عنه ، كما يأخذه الوكيل فى عقد البيع .

وذهب الشافعية :

صحة الشرط ويجب لها مهر المثل . جعل بعض ما يجب عليه دفعه فى مقابل البضع لغير الزوجة . فوجب مهر المثل للفساد المسمى [٢٤] .

أما إذا كانت بكراً ، فإن النكاح بيده ، فلا يحق له عوض فى النكاح لغير الزوجة وذلك باطل .

وذهب الحنابلة :

إلى جواز إشتراط الأب شيئاً من صداق إبنته ، تأسيساً على أقوال كل من إبن قدامه وإسحاق ومسروق وعلى بن الحسين قال وقد إشترط مسروق لنفسه عشرة آلاف درهم فجعلها فى الحج والمساكين وقال للزوج جهزاً إمرأتك .

وإستندوا فى رأيهم ذلك أيضاً على قصة شعيب عليه السلام (إنى إريد أن أنكحك إحدى إبنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج) الآية ٢٧ من سورة القصص فمن هنا نلحظ أن الصداق كان عبارة عن رعاية غنم للأب وهو شرط للأب

وليس للأبنه منه شيئاً ويستنداً على ذلك أيضاً من أن للوالد الأخذ من مال إبنه بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إنت ومالك لأبيك " ولقول رسول الله أيضاً " إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم " .

وقد تعقب إبن العربى الإستدلال بقصة شعيب ، فقال : إن فى القول بأن شعيباً إشترط لنفسه جريا على ما تفعله الأعراب ، فإنها تشترط فى صداق بناتها وتقول لى كذا من صداق إبنتى .

رأينا فى الموضوع :

يترجح لنا رجحان ما ذهب إليه الحنابلة وذلك لقوة دليله ورجحان أسانيده ، ولا سيما إستدلا لهم بقصة شعيب مع موسى عليهما السلام وإنه زوج موسى من إحدى إبنتيه كما فى سورة القصص برعى الغنم . وهذا شرط لنفسه .

وأيضاً ما أستندوا عليه من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت ومالك لأبيك " فكل ذلك يدل على رجحان مذهب الحنابلة .

إلا أن القانون المصرى على خلاف ما يراه المذهب الحنفى ، من عدم وجوب أن يشترط الأب لنفسه . وأن هذا الشرط باطل ، وخاصة أنه لا يوجد نص فى القانون يحرم هذه الجزئية بل تركها دون نص ، وبالرجوع إلى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نجدها تميل إلى أحكام المذهب الحنفى عند عدم وجود نص .

مادة (١١) هل يحق للمرأة أن تسقط المهر :

وإذا كان المهر أثراً من آثار فى الزواج الصحيح فهو حق لها . ويتبع عن ذلك إن لها أن تسقطه وتبرىء زوجها منه إن كان ديناً لم تقبضه ، ويحق لها أن تهبه له إن قبضته لو كان عيناً ما دامت تتوافر فيها صفات أهل التبرع .

وأستوفت الشروط المقررة شرعاً فى البراء والهبة . ولكن هذا لا يعنى إنه حق خالص لها بل لابد من ملاحظة حقين آخرين .

أولهما : إن أولياء العصبة لهم أن يعترضوا إذا سمى ما هو أقل من مهر المثل عند أبى حنيفة ، وإن النكاح يفسخ بإعتراضهم أو يزاد المهر المسمى إلى مهر المثل .

ثانيهما : أن كثير من الفقهاء جعلوا للمهر حداً أدنى لا ينقص عنه ، ولا يسمى ما دونه لورود اثار تثبيت الحد الأدنى ، ولأن مشروعية المهر فى عقد النكاح لشرف العقد ولمعاونة المرأة ، فيجب أن يكون بقدر لا ينزل بشرف العقد ، ويكون فيه معاونة ، فتعين أن يكون له حد أدنى .

ويشترط لنقصان المهر أمران حددهما الفقهاء والتفكير المنطقى السليم وهما :

أولاً : أن تكون المرأة بالغة عاقلة وغير محجور عليها لسفه أو غفلة . لأن النقصان من المهر نوع من أنواع التبرع ، ويشترط فيه ما إشترطه الشارع فى المتبرع من أهليه ورشد .

ثانياً : أن لا يرد المتبرع له (الزوج فى حالتنا هذه) المتبرع به ، لأن بعض الناس لا يقبل

إلا براء من دين عليه أو التبرع له بشيء .

مادة ١٢) هل يحق للزوج أن يزيد فى صداق زوجته :

أجمع الفقهاء على أحقية الزوج في الزيادة فى صداق زوجته وذلك بشروط هى :ـ

أولاً : أن يكون من أهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً وغير محجور عليه لسفه أو غفلة .

ثانياً : أن تقبل الزوجة هذه الزيادة لأنها هبة فلا بد لها من القبول ، لإنه كما أوضحنا قد لا يقبل هذه الزيادة بعض الناس .

ثالثاً : لابد من قيام الزوجية سواء كماً أو حقيقة . لأن هذه الزيادة مرتبطة بأصلالعقد فلا بد من قيام هذه الزوجية التى يرد على حكم من أحكامها الزيادة .

رابعاً : أن تكون هذه الزيادة معلومة ، لإنه من المستقر شرعاً عدم صحة عقد الهبة على مجهول .

مادة ١٣) ماذا لو إشترط الزوج فى عقد الزواج عدم دفع المهر :

يحدث فى الحياة العملية أن يشترط الزوج أن لا مهر لزوجته ، فماذا يكون الحل فى هذه الحالة ؟؟ .. أجمع الفقهاء على أن هذا الشرط غير صحيح وإذا تضمن العقد هذا الشرط فإن للزوجة مهر المثل وذلك تطبيقاً لقول الله تعالى " وأحل لكم ما وراء ذلكم إن .. تبتغوا بأموالكم " الآية ٢٤ من سورة النساء ، فإستدلوا من هذه الآية على أن الله سبحانه وتعالى أحل ما وراء المحرمات بشرط الإبتغاء بالمال ، أى لا نكاح بدون مال . وقال الله تعالى : " ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا أتيتموهن أجورهن " الآية ١٠ من سورة المتحنة ، وهنا يتضح إن الله جل شأنه جعل الأجور وهى المهور شرطاً للنكاح . أضف إلى ذلك ، إنه لو كان النكاح يصح بدون مهر لما أمر النبى صلى الله عليه وسلم الصحابى الجليل بأن يلتمس ولو خاتماً من حديد .

مادة ١٤) ولكن ما هو حكم صحة هذا النكاح :

إختلف الفقهاء فى صحة هذا النكاح مع إشتراط عدم المهر ، ذهب جمهور الفقهاء إلى فساد الشرط وصحة النكاح ورأيهم فى ذلك أن المهر شرط جواز النكاح للمسلم ، بما سبق شرحه وتفصيله من أدله وبراهين ولأن ملك البضع لم يشرع لذاته بل لمقاصد لا حصول لها إلا بالدوام على الزواج ، وذلك لا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس العقد وقد يحدث بين الزوجين من الأسباب التى تحمل الزوج على الطلاق من وحشة أو خشونة . طارئة فإذا لم يكن قد دفع المهر فإنه لا يبالى عن إزالة رباط الزوجية بأدنى خشونة : وذهب المالكية إلى أنه إذا وقع النكاح بشرط إن لا مهر لها فإن النكاح مفسوخ قبل الدخول وذلك طبقاً لآية المتحنة التى إشترط فيها المال .

وقال أبو محمد : إنه إذا إشترط فى النكاح إن لا صداق فهو نكاح مفسوخ إبتداءً وذلك تطبيقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " كل شرط ليس فى

كتاب الله عز وجل فهو باطل " بل فى كتاب الله إبطاله ، قال تعالى : " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " الآية ٤ من سورة النساء فإذا هو باطل ، فالنكاح فى رأى أبو محمد لا تنعقد صحته إلا على تصحيح مالا يصح ، فهو نكاح لا صحة له .

ونحن مع بعض الشراح المحدثين نرى إن النكاح صحيح مع فساد الشرط ، وذلك إذا كان الزواج قد أستوفى ركناه الأساسيان ، فإن المهر هو متمم للركنين الأساسين للنكاح .

مادة (١٥) تسمية الصداق فى العقد:

ما من شك أن تسمية الصداق فى العقد أدفع للخصومة وفيها معرفة كل واحد لحقه قبل الدخول فى الزواج ، حتى يكون كل طرف على بصيرة من أمره وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء ، لكن يرى الشافعية والحنابلة أنه يستحب ذلك إستحباباً قالوا : لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ، فلم يخل ذلك من صداق ، وأيضاً فى قصة الواهبة قال لصاحبها : التمس ولو خاتماً من حديد ، فلما لم يجد شيئاً زوجة إياها بما معه من القرآن لما فى ذلك من قطع لأواصر الخلاف ، وأمن من النزاع . (٢٦)

وقد أجمع الفقهاء على صحة النكاح ، وإن لم يذكر المهر حال عقد النكاح ولا قبل ، لقول الله تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

ومن ذلك يستدل أن الله رفع الجناح عن طلاق فى زواج لا تسمية فيه والطلاق لا يكون إلا بعد الزواج ، فدل على جواز الزواج بلا تسمية .

وفى حديث آخر لعقبة بن عامر : أن النبى صلوات الله عليه زوجه بأمرأة ، ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يعطها شيئاً من المهر ، فنرى إن هذا الزواج خلا من ذكر المهر .

مادة (١٦): هل يجب الصداق بالمال فقط:

يحدث فى الحياة العملية أن يكون الصداق شىء آخر غير المال مثل المنافع أو تعليم القرآن أو تعليم الآداب أو العقارات أو ذهباً وفضة أو أى أموال عينية آخرى ، فهل يجوز الصداق بهذه الأشياء أم لا يجوز ؟

بادىء ذى بدء أجمع الفقهاء رحمهم الله إن النقدين من الذهب والفضة يصح أن يقوم به الصداق .

أما خلاف ذلك فقد إختلف الفقهاء ، فنجد بعضهم من المتشددين يرى وجوب الصداق بالمال فقط ويمنع غير المال من منفعة أو تعليم القرآن أو تعليم شىء من العلم أو الآداب أو المهن الآخرى ، وممن قال بهذا الحنفية والمالكية ، وإستنادهم فى ذلك بالآية الكريمة وأحل لكم ما وراء ذلكم إن تبتغوا بأموالكم " . إلا أنهم رأوا صحة الصداق بالأموال العينية فقط وليس المنافع ، فمثلاً صح عندهم الصداق بخمسة آلاف جنيه أو عشرة من الأبل أو كلاهما كجزء من العقار وشىء من المجوهرات . إلا أنهم ذهبوا إلى عدم جواز جعل تعليم

القرآن صداقــاً . وعــدم جواز تعليم الآداب والعلوم صداقاً فلا صــداق عندهــم إلا المــال فما لا يكون مالاً لا يكون صداقاً .

إما بقية الفقهاء ذهبوا إلى جواز الصداق بالمال وغيره من المنافع ، حتى ولو كان تعليم القرآن أو شيء من العلم والآدب ودليلهم في ذلك بما في البخاري وصحيح مسلم عن قصة الواهبة فقد نكحت بما مع الرجل من قرآن .

وهناك حديث آخر يؤيد قصة الواهبة أن النبي صلى الله عليه وسلم (سأل رجل من الصحابة يا فلان هل تزوجت ؟ قــال : لا " وليس عنـدى ما أتزوج به " قال : أليس معك قل هو الله أحد " . (٢٧)

واستندوا أيضاً بقصة شعيب مع موسى عليه الصلاة والسلام ومضمونها أن مهر إبنته رعى الغنم وقد جاء في الآيــة ٢٧ من ســورة القصص (إنى أريد أن أنكحك إحدى إبنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج .

رأينا في الموضوع :

-نحن نرى أن كل الأحاديث المبيحــة للــتزوج على تعليــم القرآن ، إنما كانت عنــد عــدم وجــود المــال ، ففى قصــة الواهبة المشهورة أمره الرسول صلى الله عليه وسلم بإلتماس المال ، فلما لم يجد زوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يعلمها ما معه من القرآن ، والصحابى الآخر لم يرشده إلى رآن إلا الزواج على تعليم الق عندما شــكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم وجود المال ، والآية القرآنية أرشدت إلى إبتغاء الزواج بالمال وهى نص عام .

أما الســنة فقــد شرحت وخصصت ، فجاز جعل تعليم القرآن صداقاً عند عدم توافر المــال .

مادة (١٧) حكم الشرع فى مالا يصح أن يكون صداقا :

عرفنا أن الصداق يصح أن يكون مالاً أو أى شيء مقومــاً بالمال أو منافع عند بعض الفقهــاء والمقصــود من ذلك الأموال المحترمة ، ولكن ما هو الحل إذا أصدقها شيئاً محرم عند المسلمين كأن يكون قد أصدقها خمراً أو خنزيراً ، فإنه لا يصــح أن يكون صداقــاً ، لإنها ليست بمال متقوم عند المسلمين وهذا أيضاً قد أجمع عليه الفقهاء .

مادة ١٨) ما هو الحد الادنى والحد الاقصى للصداق :

إتفق العلماء رحمهم الله على أنه ليس هناك حد أقصى للصداق لقول الله سبحانه وتعالى " وإن أردتم إستبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً والقنطار كما جاء فى معجم متن اللغة " القنطار معيار يزن أربعة آلاف ديناراً " أى مائة وسبعة وثلاثون ونصف كيلو ، وقال بعض الناس أنه جملة مجهولة من المال " . ومن ذلك يتضح أنه ليس هناك حداً أقصى للصداق أما الحد الأدنى فقد إختلف الفقهاء فيه ، منهم من قال أقله ما تقطع به يد السارق وهو عشرة دراهم عند الحنفية وثلاثة دراهــم مســكوكة عند المالكية . إلا أن آخــرون قالوا أن الصداق ليس لأدناه حد محدود بل يجوز أن يكون على أى شيء له نصف وبهذا أخذت

الشافعية والحنابلة . وعن إبن حزم نقل إبن قدامة وهو مدون عن الحسن ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، وإبن أبى ليلى ، والأوازعى ، والليثى ، وإسحاق ، قالوا : زوج سعيد بن المسيب إبنته من عبد الله إبن رواحة بدرهمين وقالوا : لو أصدقها سوطاً حلت له .

وقالت المالكية : " لأن البضع عضو واليد عضو فكما أستبيحت يد السارق بمقدار من المال ـ فكذلك البضع يستباح بـه .

وزاد زمـز : إن كانت التسمية أقل من عشرة دراهم وجب مهر المثل وذلك لأن التسمية حينئذ لا يعتبرها الشارع فتبطل ويصير العقد خالياً من التسمية إذ تسميته ما لا يصح مهراً لا تعد تسمية وإذا بطلت التسمية وجب مهر المثـل .

رأينا فى الموضوع :

ونحن نرى وهو ما يترجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أن الصداق جائز بما قل أو كثر من المال إذا حصل عليه التراضى من الزوجين أو من ينوب عنهما ، لعموم الأحاديث الواردة فى ذلك مثل " إلتمس ولو خاتماً من حديد " وذلك أيضاً تطبيقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنه "

مادة (١٩) حكم زواج الشغار وبالنسبة للصداق :

نهى الرسول صلى الله عليه وسل عن زواج الشغار وهو أن يزوج الرجل إبنته أو أخته لآخر على أن يزوجه إبنته وأخته وليس بينهما صداق على أن صداق هذه هو صداق الآخرى وذهب الحنفية إلى جواز ذلك الزواج ويجب عليهما فهو المثل لكل واحدة ، لأن أبى حنيفة يرى أن علة النهى هى عدم التسمية وتزول هذه العلة بوجوب المهر فيصح العقد .

أما بقية الفقهاء وهم مالك والشافعى وأحمد يرون أن النكاح فاسد وحجتهم فى ذلك أن فى زواج الشغار إنصباب عقد زواجين فى عقد واحد وهذا يفسد العقد لإنهم يروا أن النهى منصب على صيغة إنشاء عقد الزواج .

مادة ٢٠: صداق السر وصداق العلن :

يحدث فى الحياة العملية أن يتفق الزوجان على مهراً معيناً يكون هو صداق السر وصداقاً آخر للتفاخر به أمام الناس ، وقد يحدث أن يختلف الزوجان بعد ذلك فى مقدار المهر ، ففى هذه الحالة تكون البينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه ، إلا إذا إدعى ما لا يصح أن يكون صداقاً .

وعلى ذلك نصت المادة ١٩ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ " إذا إختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج يمينه إلا إذا إدعى ما لا يصح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل . وكذلك الحكم عند الإختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما " .

ونخلص من ذلك القول بإنه إذا ثبت مهر السر فلا محالة من أن يحكم به ، وهذا لا يمنع من إقامة الزوج الدليل على مهر السر ، وقد قضت الدائرة السابعة الإستئنافية لمحكمة

القاهرة فى ١٩٦٠/٤/٤ فى الدعوى رقم ١٩٦٠/١١٦ " ومن حيث أن الراجح فى فقه الإمام أبى حنيفة أن المهر الواجب هو المهر المعلن عنه لإنه هو الظاهر هنا ما لم يقم الدليل على خلاف هذا الظاهر فإن أقام الزوج الدليل على حقيقة المهر فلا يجب فى هذه الحالة غير مهر السر " إلا أن هناك بعد المحاكم قد تشددت فى إثبات مهر السر وإشترطت لكى تحكم به أن يكون هناك دليل كتابى يثبته ، ومن ذلك حكم لمحكمة " أسيوط فى ١٩٤٦/١/٣٠ ، بنصها " " ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد إلى أن المقر لا يقبل منه دعوى الكذب فى الإقرار ويعامل بإقراره ولا يحلف المقر سواء كان مضطراً فيه أو لا ـ من الإقرار مضطراً أى تلجئه ـ مسألة مهر السر ومهر العلانية فإن الإقرار فيهما بمهر العلانية إنما هو تلجئه أقتضته السمعة لا غير وهو إقرار غير مطابق للواقع فيدخل فى تعريف الكذب ينظر إبن عابدين ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ ج ٤ من كتاب الإقرار وغيره من كتب المذهب ، والواضح إن مذهب الطرفين يقضى بمعاملة المقر مطلقاً أى ولو إستند فى دعواه الكذب إلى دليل كتابى " [٢٨]

مادة (٢١) الخلاف على القدر المقبوض :

ويحدث فى الحياة العملية أن يدعى الزوج تسليم زوجته قدراً معيناً من الصداق وتدعى أنها تسلمت قدراً أقل منه ، فإذا كان هذا الإختلاف قبل الدخول والخلوة الصحيحة كانت البينة بينة الزوج لأنه يدعى بقاء الظاهر وهو بقاء المهر فى ذمته ، أما إذا كان الخلاف بعد الدخول فلا تسمع دعوى الزوجة إن كانت تنكر إستلامها شيئاً من المهر لأن الغرض والعادة تجرى على خلاف دعواه ، وتكون البينة على الزوج إذا إدعى تسليمها قدراً أكثر من القدر الذى تقر به فإن أقامها قضى له ، وإلا فالقول قولها بيمينها فإن حلفت قضى للزوج بما يدعيه .

مادة (٢٢) الخلاف على الوصف المقبوض :

يحدث فى الحياة العملية أن يرسل الزوج لزوجته مساغاً ويدعى أنها جزء من المهر وتنكر الزوجة عليه ذلك وتدعى أنها هدية ، فالبينة على الزوجة فإن أقامت الزوجة البينة أو نكل الزوج فى حالة عدم إقامتها البينة قضى للزوج بإعتباره أنه ما قدم هدية .

أما إذا سلم الزوج زوجته شىء فإختلفا عليه فإن إدعى الزوج وديعة وإدعت الزوجة على أنه جزء من المهر فالقول قولها إن كان الشىء من جنس المهر لأن الظاهر معها والبينة على الزوج ، فإن كان الشىء من غير جنس المهر فالبينة على الزوجة والقول قول الزوج . [٢٩]

مادة ٢٣) صداق المثل :

هو الصداق الذى يدفع عنه زواج أمثالها من بنات قومها ، ويعتبر فى مهر المثل أن تتساوى المرأتان وهى المقيسة والمقيس عليها وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وصلاحاً وعقلاً وعفة وبكارة وثيوبة وعلة وأدباً وعدم ولد ، لأن المهر يختلف بإختلاف هذه الأوصاف لإختلاف الرغبات فيها ويعتبر ، أيضاً حال الزوج

بأن يكون زوج هذه كازواج أمثالها من نسائها أى فى الحال والحسب وعدمهما لأن لهما مدخلاً فى غلو المهر ورخصه وكذا الجمال والعقل والتقوى والسن مدخل من جهة الزوج أيضاً فينبغى إعتبارها فى حقه لأن الشاب يتزوج بأرخص من الطاعن فى السن وكذا التقى بأرخص من الفاسق فإذا لم يوجد من يماثلها من قوم إبيها فى هذه الأوصاف من قبيلة تماثل قبيلة أبيها فى الشرف والرفعة ونعرض لها مهرها الذى تزوجت به لأنه هو مهر مثلها وعندما يراد إثبات مهر مثل إمرأة يشترط اخبار رجلين عدلين أو رجل وأمرأتين عدول بأن يقولا نشهد أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً لأن فلانة التى هى من قبيلة أبيها تساويها فى الأوصاف المعتبرة من كذا وكذا وقد تزوجت بهذا المبلغ ولما كانت هذه الأوصاف قلما تحدث فى إمرأتين سواء كانت من قبيلة واحدة أو من قبيليتين فإن إتفق الزوجان على أن مهر مثلها مائة جنية مثلاً فلا كلام لأن الزوج قد رضى بدفع هذا المبلغ لها وهى رضيت بأخذه وإن إختلفا فمن البديهى أن الزوجة لابد أن تدعى الأكثر . بأن تدعى أن مهر مثلها مائتا جنيه والزوج يقول أنه مائة وخمسون ، فحينئذ يكون القول للزوج بيمينه لأنه ينكر الزيادة والقول لمن ينكرها فإن حلف لذمة مايدعيه فقط وإن إمتنع عن اليمين لذمة ما تدعيه هى وأبيها .[30]

وصداق المثل يجب عند ابى حنيفة فى ثلاث احوال هى:

الحالة الأولى:

إذا لم يسم صداق فى العقد وتسمى المرأة فى هذه الحالة المفوضة لإنها فوضت أو وكلت فى أمر صداقها ، فيجب صداق المثل فى هذه الحالة وذلك لإنه بالعقد عليها وجب صداق المثل ، وذلك ثابت بحديث إبن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم الذى مات زوجها ولم يسم لها صداقاً فقال صلى الله عليه وسلم " لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط " وفى حكم لمحكمة الجيزة فى ١٩٥٣/٢/١٠ قالت " المنصوص عليه شرعاً إنه ما دام المهر لم يسم أو نفيت التسمية ـ يحكم بمهر المثل وهو يقدر بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها وأهل أبيها إن وجدت "[31]

الحالة الثانية:

إذا كان هناك تسمية إلا أن تلك التسمية فاسدة ، لعدم إستطاعة تقويم الحال بالنقود وذلك لضآلته وكانت هناك جهالة فاحشة ، ففى هذه الحالة يجب أن يرفع الصداق إلى صداق المثل ، أو يفسخ العقد .

الحالة الثالثة:

أن يكون هناك إتفاق على نفى الصداق ففى هذه الحالة يجب صداق المثل ، لأن الصداق حكم من الأحكام التى جعلها الشارع مترتبة على عقد النكاح فيجب صداق المثل .[32]

وهناك حالة رابعة رآها بعض الفقهاء المحدثين وهى إذا أبرم عقد الزواج فى مرض الموت وسمى صداقاً أكثر من صداق المثل . فإنها لا تستحق إلا صداق المثل وما زاد على ذلك يأخذ حكم الوصية

للوارث فلا تصح شرعاً إلا بإجازة الورثة [٣٣] .

مادة (٢٤) متى يجوز المطالبة بمؤخر الصداق :

من المعروف فقهاً وشرعاً أن مؤخر الصداق يحل بأقرب الأجلين الموت أو الطلاق ففى الحالة الأولى وهى الموت فليس هناك خلاف فى أنه يحل بالموت مباشرة ، أما فى الحالة الثانية وهى الطلاق ، فهل يحل مؤخر الصداق بعد الطلاق مباشرة أم يحل بعد إنتهاء العدة ؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى : وهو فى الطلاق الرجعى ، ففى هذه الحالة لا يجوز المطالبة بمؤخر الصداق إلا بعد إنتهاء العدة لأن الزوج يجوز له مراجعة زوجته فى أى وقت يشاء طالما أن عدتها لم تنقض بعد والزوجة فى فترة عدتها تظل زوجة لها ما للزوجة من حقوق مثل نفقتها وملبسها ومسكنها ، فلا يحل لها المطالبة بمؤخر الصداق إلا بعد إنقضاء فترة عدتها . وقد أكدت هذا المعنى حكم لمحكمة الجمالية للأحوال الشخصية فى ١٩٤٣/٦/١٦ بنصها : " حصل خلاف فى المذهب فى الصداق المؤخر لأقرب الأجلين هل يحل بمجرد الطلاق الرجعى ؟ أم لابد من إنقضاء العدة ؟ فقد قال إبن عابدين جزء ٢ ص ٤٩٣ فى باب المهر فى مبحث منع الزوجة نفسها لقبض المهر ما نصه " وإختلف هل يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعى مطلقاً أو إلى إنقضاء العدة كما هو مقول عامة المشايخ - وواضح فى هذه النصوص إن عامة المشايخ قد ذهبوا إلى أن المؤجل إلى أقرب الأجلين لا يتعجل بمجرد الطلاق بل لابد من إنقضاء العدة وهذا هو الذى عليه عمل المحاكم .

حق المطالبة بمؤخر الصداق المؤجل لأقرب الأجلين إنما يكون بعد الطلاق الرجعى وإنقضاء العدة . [٣٤]

هذا بالنسبة إلى الطلاق الرجعى الذى يوقعه الزوج .

أما الحالة الثانية :

إذا كان الطلاق طلاق بائن قد أوقعه القاضى أو أوقعه الزوج أو الطلاق قبل الدخول أو المكمل للثلاث ، ففى هذه الحالات نحن نرى أنه يحق المطالبة بمؤخر الصداق من تاريخ الطلاق وذلك لزوال الملك والحل ولا يجوز له مراجعتها فى حالة الطلاق البائن بينونة صغرى إلا بعقد ومهر جديد وفى حالة طلاقها طلاق بائن ببينونة كبرى لا يجوز له مراجعتها إلا بعد زواجها بآخر وطلاقها منه فيجوز للزوج الأول مراجعتها بعقد ومهر جديدين ، فيحق للزوجة أو وكيلها مطالبة الزوج بمؤخر الصداق من تاريخ الطلاق لزوال الملك والحل ، وقد حكمت بهذا المعنى محكمة " كفر الزيات " بقولها : الطلاق البائن يحل به مؤجل الصداق ولو قبل إنقضاء العدة لزوال الملك والحل ولم يحل خلاف ذلك بين الفقهاء ، لكن إذا كان مقسطاً على أقساط أو مؤجلاً إلى أجل فلا يحل إلا بحلول أقساطه أو أجله (ص ٤٥٠ جزء ٢ من حاشية إبن عابدين) [٣٥] .

مادة (٢٥) احكام سقوط نصف الصداق:

من المعروف فقهاً وشرعاً إن المهر يجب في النكاح الصحيح بالعقد ، لإنه حكم من أحكام الزواج الصحيح ، ولكنه وجوب متوقف على شرط وهو الطلاق قبل الدخول والموت ، فإذا حدث وطلق الزوج زوجته قبل الدخول وسقط نصف المهر وذلك تطبيقاً لقول الله تعالى " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتهم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير " . فيتضح من هذه الآية سقوط نصف المهر إذا حصل الطلاق قبل الدخول ، وكان المهر مسمى ، وذلك بدليل قول النص القرآني " وقد فرضتم لهن فريضة " أى لابد أن يكون هناك صداق مسمى " .

وتنصيف المسمى بالطلاق قبل الدخول يتفق مع القواعد الفقهية ، لأن الطلاق قبل إستيفاء أى حكم من أحكام العقد يشبه نقض العقد من أصله ، فيقتضى إلا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب فى المهر شيء ، ولكن الطلاق فى ذاته ، إنهاء للعقد ، وليس نقضاً له ، وأن إنهاء العقد يقرر أحكامه السابقة على الإنهاء ولا يلغيها فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله ، فكان من النظر لهذين المعنيين فى غير ترجيح أحدهما على الاخر أن يجب نصف المهر إذ أن النظر الأول نفى المهر كله ، والثانى أثبته كله ، فتوسطاً بين العاملين وجب النصف . (٣٦)

أضف إلى ذلك أن وجوب نصف الصداق فيه معنى التسريح بإحسان الذى أمر به الله سبحانه فى كتابه العزيز " وسرحوهن سراحاً جميلاً " لأن الفرقة قبل الدخول تحرج نفس المرأة ، فأوجب الله سبحانه نصف المهر ، ثم حث الرجل على إعطاء النصف الآخر إستحباباً إذا لم يكن الطلاق بطلبها ، ولذا قال تعالى : " وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم " .

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية فى الطلب رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٥ بهذا المعنى حيث قالت " المقرر فقهاً إنه إذا حصل طلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإن المهر جميعه " عاجلة وآجله " ينتصف بين الطرفين ، فيكون من حق الزوجة شرعاً نصف جميع المهر ، ويكون من حق الزوج شرط أن يسترد مازاد عن نصف جميع المهر ، لقوله تعالى فى كتابه العزيز " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون " إلى آخر الآية ...

والمهر الذى ينتصف هو المهر المسمى فى العقد الصحيح ، فإذا كان العقد فاسداً فإن المهر فيه لا يجب بالعقد وإنما بالدخول الحقيقى وهو لا ينتصف والعبرة بالمهر المسمى وقت العقد الصحيح ، فلا ينتصف ما سمى بعد العقد سواء بالإتفاق أو بالقضاء ، كأن يكون الرجل قد تزوج المرأة دون أن يسمى لها مهراً بالعقد ، ثم إتفق معها على مهر بعد ذلك أو بحكم لها

بـه ثـم يطلقهـا قبـل الدخـول والخلوة ، وإنما يجب لها فى هذه الحالة المتعة [٣٧] ولكن ما هـو الحكم إذا طلقها الزوج قبل الدخول ولم يكن قد فرض لها صداق ؟ ففى هذه الحالة يكون الواجب هو المتعة وذلك تطبيقاً لقول الله سـبحانه وتعالى " ولا جنـاح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ، متاعاً بالمعروف ، حقاً على المحسنين " . فالمتعة فى هذه الحالـة واجبـة مقام نصف المهر وذلك هـو رأى جمهـور الفقهاء ما عدا الإمام مالك فى قوله بأنها تكون مستحبة ، وذلك يخالف صريح النص القرآنى ، والمتعة الواجبة عند الحنفية كسوة كاملة للمرأة ونحن نرى أن المتعة فى هذه الحالة حداً أدنى وحداً أقصى ، فالحد الأدنى هو ما لا يقل عن نصف الحد الأدنى للمهر وهـو خمسـة دراهـم والحد الأقصى هو ما لا يزيـد عن نصف مهر مثلها . والله أعلم .

مادة (٢٦) ما هى احكام سقوط الصداق:

هناك ثلاثة أحوال يسقط فيها الصداق كلية وليس نصفه فقط ، وإن كانت نادرة الحدوث فى الحياة العملية ، وذلك لمخالفتها القوانيـن الوضعيـة الحديثة .فيسقط المهر كله إذا حدثت الفرقـة قبـل الدخـول والخلوة فى الأحوال الآتية :ـ

اولاً: إذا كان الفسخ من جانب الزوج وكان لإستعمال حق شرعى مثل الفسخ لخيار البلوغ أو خيار الإفاقة ففى هذه الحالة يسقط المهر غير المؤكد بدخول حقيقى أو خلوة وذلك لأن هذا الفسخ كنقض للعقد من أصله ، وإذا كان النقض للعقد فى أصله فإنه لا تترتب عليه إلتزامات ما لم يحصل دخول كما ذكرنا ، وأعتبر ذلك الفسخ كانقض للعقد فى أصله ، لأن سبب الفسخ أمر يتصل بإنشاء العقد فإذا حدث الفسخ فقد إنبسط على العقد ككل ، فإذا أوجبنا نصف الصداق بخيار البلوغ أو بخيار الإفاقة لما كان لذلك فائدة بالنسبة للزوج .

ثانياً: أما إذا كان الفسخ أو الفرقة من جانب المرأة وكانت بمعصية كردتها عن الإسلام أو رفضهما الدخول فى الإسلام أو أى دين سماوى آخر إن كانت مشركة وأسلم زوجها أو يكون حدث منها شىء مع أحد أصوله أو فروعه مما يؤدى إلى حرمة المصاهرة بينها وبين زوجهـا ، ففى كل هذه الحالات لا صداق لها وذلك عملاً بالمبدأ الإسلامى " إن المعصية لا توجب حقاً " وذلك كله شريطة أن لا يتأكد المهر بدخول أو خلوة صحيحة .

ثالثاً: إذا كانت الفرقة من جانب الزوجة ولكنها إستعمالاً لحق شرعى منحه الشارع إياها وذلك كخيار البلوغ وخيار الإفاقة فإنه حق لها كما هو حق للزوج كما سبق أن أوضحنا . ففى هذه الحالة يسقط كل الصداق . لإنه يعتبر كنقض للعقد من أصله هذا بالإضافة إلى أن سبب النقض جاء منها وبإرادتها بإستعمالها حقاً من حقوقها الشرعية فلا يجب لها شيئاً من المهر ، ما لم يكن هناك دخول حقيقى أو حكمى [٣٨] .

١) أنظر فى ذلك كتاب (حقوق المرأة فى الزواج ، للشيخ محمد بن عمر الغروى ، دار الإعتصام الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩ .

٢) نفس المعنى المرجع السابق .

٣) شرح الأحكام الشرعية ، لمحمد زيد الإبيانى بك .

٤) أنظر فى ذلك كتاب مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية ، للمستشار أحمد نصر الجندى الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦ .

٥) نفس المعنى راجـــع كتاب " حقـوق المـرأة فى الزواج " للشيخ محمد بن عمر العزوى .

٦) كتاب مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار / أحمد نصر الجندى ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦ .

٧) المرجع السابق الإشارة إليه .

٨)المرجع السابق الإشارة إليه .

٩)المرجع السابق الإشارة إليه .

١٠)المرجع السابق الإشارة إليه .

١١) كتاب الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة ، ص ١٧٠ بتصرف .

١٢) جاءت هذه الإجابة رداً على سؤال التالى " رجل تعهد لإبنته بمبلغ من النقود بصفة دوطة حسب عوايد المسيحية فى الزواج يدفعه لها عند زواجها لتشترى به عقاراً لها على شرط إنه إذا مات قبلها يخصم من نصيبها فى تركته وقد تزوجت قبل أن تهتدى على العقار اللازم شراءه ، فإتفق الطرفان على بقاء مبلغ الدوطة تحت يد الوالد إلى وقت الطلب لشراء العقار وقد أستثمر الوالد هذا المبلغ ودفع لإبنته ما إستحق لها من ثمرته مدة ـ ثم ماتت البنت عن زوجها ووالدها بما يخصها فى المبلغ المذكور ، أو يجوز للوالد أن يدعى أن إبنته لم تملكه لعدم القبض قبل وفاتها .

١٣) كتاب الأحوال الشخصية لأحمد نصر الجندى السابق الإشارة إليه .

١٤) المرجع السابق .

١٥) المرجع السابق الإشارة إليه .

١٦) المرجع السابق الإشارة إليه .

هـوامش
هوامش
هـوامش
هوامش
هـوامش
هوامش
هـوامش
هوامش
هـوامش
هوامش
هـوامش
هوامش
هـوامش
هوامش
هـوامش
هوامش
هـوامش

١٧) كتاب الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة .

١٨) المرجع السابق بتصرف .

١٩) المرجع السابق .

٢٠) المرجع السابق .

٢١) المرجع السابق .

٢٢) كتاب مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى الطبعة الثالثة ١٩٨٦ .

٢٣) أنظر فى ذلك الفتاوى الهندية الجزء الأول ص ٣٠٩ .

٢٤) أنظر معنى المحتاج الجزء الثالث ص ٢٢٦ .

٢٥) كتاب الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة .

٢٦) راجع فى ذلك قصة الواهبة .

٢٧) جامع الزمدى الجزء الرابع ص ٤٩ .

٢٨) كتاب مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى .

٢٩) أنظر فى ذلك موسوعة الأحوال الشخصية لمستشار / معوض عبد التواب .

٣٠) راجع الأحكام الشرعية لمحمد زيد الإبيانى بك .

٣١) راجع كتاب مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية السابق الإشارة إليه .

٣٢) راجع فى ذلك إبن عابدين كتاب النكاح باب المهر وكتاب الأحوال الشخصية للإمام أبو زهرة .

٣٣) راجع فى ذلك كتاب حقوق الأسرة فى الإسلام للدكتور يوسف قاسم .

٣٤) كتاب مبادىء القضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى .

٣٥) المرجع السابق .

٣٦) كتاب الأحوال الشخصية للإمام أحمد أبو زهرة .

٣٧) كتاب موسوعة الفقة والقضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار محمد عزمى البكرى .

٣٨) راجع فى ذلك كتاب الأحوال الشخصية لأبو زهرة ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

عيوب الحجز الإدارى

للسيد الأستاذ
صابر الرماح
المحامى

مقدمة :

يكتسب الحجز الإدارى أهميته فى العمل من أنه وسيلة تنفيذ غير عادية بيد جهة الادارة فهى التى تقدر دينها ثم تقوم بتوقيع الحجر الإدارى على المنقول لبيعه أو على العقار لنزع ملكيته استيفاء لهذا الدين فما هى الضمانات المقررة للمحجوز عليه أو بالأحرى ماهى شروط صحة هذا الحجز التى إن تخلفت أمكن للمحجوز عليه التمسك ببطلان الحجز .

خطة البحث :

ينبغى بداءة بيان طبيعة الحجز الإدارى ثم الشروط اللازمة لصحة الحجز الإدارى وتشمل الشروط العامة أو الموضوعية ثم الشروط الازمة لصحة الحجز الإدارى على المنقول وحجز ما للمدين لدى الغير وشروط صحة الحجز الإدارى على العقار وجزاء تخلف هذه الشروط ثم سقوط الحجز الإدارى ثم بيان منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية بشأن الحجوز الإدارية ومدى أختصاص المحاكم العادية بها وبيان مدى الأثر الواقف للإشكال الوقتى فى الحجوز الإدارية .

طبيعة الحجز الادارى :

استقرت أحكام محكمة النقض الى أن الحجوز الإدارية لا تعتبر قرارات ادارية ومن ثم تختص المحاكم العادية بالمنازعات الخاصة باجراءاتها أو بالغائها أوعدم الاعتداد بها أو وقف اجراءات البيع الناشئة عنها أسوة بالمنازعات المتعلقة بالحجوز القضائية (١) .

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا الى أن إجراءات الحجز والبيع الادراى كما نظمها القانون ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ لا تعدو أن تكون نظاماً خاصاً وضعه الشارع لتحصيل المستحقات التى للحكومة فى ذمة الافراد راعى فيه التبسيط والسرعة وقلة النفقات مستبدلا إياه بنظام قانون المرافعات للإعتبارات المذكورة يقطع فى ذلك نص المادة ٧ من القانون سالف الذكر التى تقضى بأنه فيما عدا ما نص عليه فيه تسرى جميع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية التى لا تتعارض مع أحكام القانون المشار إليه (٢) .

والحجز الإدارى طريق إختيارى للشخص المعنوى العام أن يلجأ اليه اذا أراد ألا يلجأ الى قواعد التنفيذ فى قانون المرافعات فهو ان شاء اتبع اجراءات الحجز الإدارى وان أراد اللجوء الى الطريق العادى كان عليه سلوك طريق الحجز القضائى المنصوص عليه فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (٣) .

الشـروط اللازمة لصحة الحجز الادارى :

يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط عامة فى الحق المحجوز لأجله وهى شروط موضوعية تتصل بأصل الحق ويشترط توافرها فى جميع أنواع المحجوزات الادارية سواء كان الحجز على المنقول أو حجز ما للمدين لدى الغير أو الحجز الإدارى على العقار .

والطائفة الثانية هى شروط خاصة تتعلق باجراءات كل نوع من المحجوزات على حده وهى شروط شكلية تتعلق بالإجراءات ويلزم بيان كل نوع على حده :

الشروط العامة او الموضوعية : يشترط أولاً أن يكون الدين المحجوز لأجله من الديون الواردة على سبيل الحصر فى المادة الاولى من قانون الحجز الادارى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ وهذه الديون هى :ـ

١ ـ الضرائب والاتاوات والرسوم بجميع أنواعها .

٢ ـ المبالغ المستحقة للدولة مقابل خدمات عامة .

٣ ـ المصروفات التى تبذلها الدولة نتيجة أعمال أو تدابير تقضى بها القوانين .

٤ ـ الغرامات المستحقة للحكومة قانونا .

٥ ـ ايجارات أملاك الدولة الخاصة ومقابل الإنتفاع بأملاكها العامة سواء فى ذلك ما كان بعقد أو مستغلا بطريق الخفية .

٦ ـ أثمان أطيان الحكومة المبيعة وملحقاتها وفوائدها .

٧ ـ المبالغ المختلسة من الأموال العامة .

٨ ـ ما يكون مستحقاً لوزارة الأوقاف وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة من المبالغ المتقدمة وكذلك ما يكون مستحقاً لوزارة الأوقاف بصفتها ناظراً أو حارساً من إيجارات أو أحكاراً وأثمان الإستبدال للأعيان التى تديرها الوزارة .

٩ ـ المبالغ المستحق للبنوك التى تساهم الحكمة فى رؤوس أموالها بما يريد على النصف .

١٠ـ المبالغ الأخرى التى نصت القوانين الخاصة بها على تحصيلها بطريق الحجز الإدارى .

ومن الواضح أن المادة الأولى حددت تلك المستحقات على سبيل الحصر بما يوجب الإلتزام بها وبقواعد التفسير الضيق وعدم القياس .

بطلان محضر الحجز لتوقيعه استيفاءً الدين غير محقق الوجود او غير معين المقدار او غير حال الاداء :

تنص المادة ٧٥ من القانون ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الإدارى بأن تسرى على الحجز الإدارى جميع أحكام قانون المرافعات التى لا تتعارض مع أحكام ذلك القانون ويشترط فى الحق الذى يمكن اقتضاؤه جبراً وفقاً لأحكام المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات أن يكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء وإذا كان تقدير توافر هذه الشروط هو ما يدخل فى حدود سلطة محكمة الموضوع متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغه وكان يبين مما أورده الحكم أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها أنتهت للأسباب السائغة التى أوردتها الى أن الحق المحجوز وفاء له متنازع فى

ترتبه فى ذمة المطعون عليه الأول بالإضافة الى أن الحق قدره غير معين وذلك بسبب عدم التحقق من عدد العمال الذين يستخدمهم ومقادير أجورهم ومدد عملهم مما لا يتيسر معه معرفة المبالغ التى يلتزم بأدائها طبقا لقانون التأمينات الاجتماعية .

إذا كان الدين بهذه المثابة يعتبر غير محقق الوجود وغير معين المقدار فلا يجوز توقيع الحجز وفاء له [٤] .

(نقض ١٩٧٢/١/١٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ ص ٤٤).

بطلان الحجز الادارى لتوقيعه بغير تفويض كتابى من رئيس المصلحة أو من ينيبه فى توقيع الحجز :

تنص المادة الثانية من القانون ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥: (لايجوز إتخاذ إجراءات الحجز الا بناء على أمر مكتوب صادر من الوزير أو رئيس المصلحة أو المدير أو ممثل الشخص الاعتبارى العام حسب الاحوال أو ممن ينيبه كل من هؤلاء فى ذلك كتابة) .

عنى المشرع ازاء ما للحجز الادارى من أهمية بعدم ترك أمر توقيعه فى يد سائر الموظفين حتى لا يساء استخدام سلطتهم فى ذلك بل اشترط أن يصدر الأمر كتابه من الوزير أو رئيس المصلحة أو ممثل الشخص الاعتبارى أو ممن ينيبه لأن هذا الامر يكون بمثابة السند التنفيذى الذى يوقع الحجز اقتضاء له وهو خروج على قاعدة عدم إنفراد الدائن بتقدير دينه وهذا النص جاء على سبيل الإستثناء من هذه القاعدة فلا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه .

ومن ثم فان البطلان يشوب محضر الحجز حال توقيعه بغير تفويض كتابى من رئيس المصلحة أو ممن ينيبه فى ذلك .

وقد قضى ببطلان أمر الحجز الادارى الصادر ممن لا يملكه فى حكم المادة الثانية من قانون الحجز الادارى وجاء بأسباب هذا الحكم . (وحيث أن هيئة التأمينات الاجتماعية تقاعست عن ايداع أمر ومحضر الحجز الادارى موضوع النزاع رغم تأجيل الدعوى لها لهذا السبب الأمر الذى تستظهر منه المحكمة أن توقيع الحجز الإدارى ما للمدين لدى الغير قد وقع بناء على طلب مدير مكتب طنطا ثان ومن ثم يكون أمر الحجز الإدارى قد صدر باطلاً وممن لا يملكه لأنه عملاً بنص المادة ٢ من قانون الحجز الإدارى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ (يجوز اتخاذ اجراءات الحجز الادارى بناء على أمر مكتوب صادر من الوزير) . ولما كان رئيس مجلس ادارة الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية هو الذى يمثلها قانونا عملا بنص المادة ٩ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالهيئات وبناء على ذلك أصدر القرار رقم ٢١ لسنة ١٩٦٣ المنشور بالوقائع المصرية ١٩٦٤/١/٢٠ بتفويض مراقبى المناطق ورؤساء المكاتب بعد موافقة المراقب العام فى اصدار أوامر الحجز وبالتالى يكون الحجز الادارى محل هذه الدعوى وقد صدر عن رئيس مكتب طنطا ثان وقد جاء مخالفاً لأحكام المادة ٢ من قانون الحجز الإدارى رقم ٣٠٨

لسنة ١٩٥٥ والقرار رقم ٦٣ الصادر من رئيس مجلس ادارة الهيئة والذى فوض مراقبوا المناطق ورؤساء المكاتب بعد موافقة المراقب العام فى أصدار أوامر الحجز .

ومن ثم يكون الحجز الادارى محل هذه الدعوى قد جاء مخالفاً لأحكام القانون الأمر الذى يشكل عقبة مادية تعترض حقوق المحجوز عليه فى المال المحجوز) [٥] .

(طنطا للأمور المستعجلة ١٩٦٨/٤/٣٠ القضية ٢١١ لسنة ١٩٦٧) .

بطلان الحجز الإدارى لتوقيعه على مال لا يجوز الحجز عليه :

يشترط فى المال الذى يصح أن يكون محلاً للحجز أن يمكن التصرف فيه لأن التنفيذ يرمى الى بيع المال فالجهة الدائنة لا تستطيع أن تحل محل المدين فى التصرف فى المال اذا كان لايجوز للمدين نفسه أن يتصرف فيه ومثال للاموال التى لايجوز التصرف فيها :

١ ـ ما يلزم المدين وأسرته من فراش وثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر .

نصت على ذلك المادة ٣٠٥ مرافعات إذ قضت (لايجوز الحجز على مايلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشه واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر) .

ويشترط فى الفراش والثياب أن تكون لازمة للمدين ويقدر هذا اللزوم بحسب الحالة الاجتماعية والصحية للمدين .

ويقصد بالإقامة مع المدين للاقارب والأصهار الإقامة المستمرة .

٢ ـ أدوات المهنة : ويشترط لعدم جواز الحجز على الاشياء اللازمة لمزاولة مهنة المدين أو حرفته أن تكون هذه الاشياء مما يستعمله المدين بنفسه فى عمله وأن تكون هذه الاشياء من الادوات الضرورية اللازمة لمزاولة مهنة المدين .

٣ ـ أناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين فى معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر .نصت على ذلك المادة ٣٠٦ مرافعات بقولها .

(لايجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لإقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة :

أ ـ ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه .

ب ـ إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين فى معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر) . ومن الواضح أن نطاق الحظر لا يشمل إقتضاء ثمن هذه الأشياء أو مصاريف صيانتها أو النفقة المقررة .

٤ ـ المبالغ المخصصة لنفقة المدين فى حدود الرابع : نصت على ذلك المادة ٣٠٧ مرافعات : (لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة للنفقة ولا على الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفاءً لدين نفقة مقررة) .

٥ ـ الماهيات والمرتبات والأجور فى حدود الربع : نصت

المادة ١١١ لسنة ١٩٥١ معدلة بالقانون ٦٤ لسنة ١٩٧٣ بقولها (لا يجوز اجراء خصم أو توقيع حجز على المبالغ الواجبة الأداء من الحكومة والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها الى العامل مدنياً كان أو عسكريا بصفة مرتب أو أجر أو راتب اضافى أو حق فى صندوق ادخار أو معاش أومكافأه أوتأميناً مستحقاً طبقاً لقوانين التأمين والمعاشات أو أى رصيد من هذه المبالغ الا بمقدار الربع وذلك وفاء لنفقة محكوم بها من جهة الإختصاص أو لأداء ما يكون مطلوبا لهذه الجهات من العامل بسبب يتعلق بأداء وظيفته أو لأسترداد ما صرف إليه بغير وجه حق من المبالغ المذكورة أو بصفة بدل سفر أو اغتراب أو بدل تمثيل أو ثمن عهدة شخصية وعند التراحم تكون الأولوية لدين النفقة) .

٦- الملكية الموزعة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعى : وفقاً للمادة ١٦ من قانون الإصلاح الزراعى لا يجوز التنفيذ على ما يوزع على الفلاحين من الأرض المستولى عليها وذلك قبل الوفاء بثمنها كاملاً .

٧ ـ الودائع فى صندوق التوفير : م/٢٠ من القانون ٨٦ لسنة ١٩٥٤

٨ ـ شهادات الاستثمار : م/٣ من القانون ٨ لسنة ١٩٦٥ .

جزاء مخالفة عدم جواز الحجز على بعض الاموال :

يترتب على مخالفة أحكام القانون فيما يتعلق بعدم جواز الحجز على بعض الأموال والحقوق بطلان الحجز الواقع على ما لايجوز حجزه والزام الحاجز بالتعويض أن كان له مقتض . وتارة يكون البطلان كلياً اذا صادف وقوع الحجز كله على ما لا يجوز حجزه وتارة يكون جزئيا اذا وجد من بين ما حجز أشياء لا يصح حجزها فيبطل الحجز بالنسبة لما لا يصح حجزة ويبقى صحيحاً فيما عدا ذلك [٦] وقد يكون البطلان متعلقاً بالنظام العام فيكون على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها وقد لا يهم الا شخص المحجوز عليه فلا يكون لغيره أن يتمسك به ولا يمكن وضع قواعد ثابتة فى هذا الموضوع فيما لم ينص عليه القانون صراحة بل يترك الفصل فيه للقضاء ليفحص كل حالة على حدة ويقرر ما اذا كان عدم جواز الحجز متعلقا بالنظام العام أم لا .

بطلان الحجز الادارى لاغفال بياناته الجوهرية :

تنص المادة ٤ (يعلن مندوب الحاجز الى المدين أو من ينيب عنه تنبيهاً بالأداء وإنذاراً بالحجز ويشرع فوراً فى توقيع الحجز مصحوبا بشاهدين ويوضح بمحضر الحجز قيمة المبالغ المطلوبة وأنواعها وتواريخ أستحقاقها ووصف المكان الموجودة به المنقولات المحجوزة وصفاً دقيقا) .

جزاء تخلف هذه البيانات :

يترتب جزاء البطلان إعمالاً للقاعدة الأساسية فى البطلان التى نصت عليها المادة ٢٠ مرافعات والتى مقتضاها أن يكون الإجراء باطلاً اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء .

وقد رسم المشرع خط السير الذى يسلكه من يباشر حجز المنقول إدارياً لدى المدين فى المراحل الاتية :

أ) قبل الشروع فى الحجز يقوم مندوب الحاجز بإعلان المدين أو مندوبه تنبيهاً يسمى (التنبيه بالأداء مع إنذاره بالحجز) .

ب) اذا لم يذعن المدين أو مندوبه لهذا التنبيه مع الإنذار يبادر مندوب الحاجز الى توقيع الحجز بما يقتضيه هذا من بيان الأموال المراد الحجز من أجلها وحصر وتحديد للمنقولات المراد الحجز عليها وتعيين حارس عليها (المادتان ١١ ، ١٢ من قانون الحجز الإدارى) وتحديد اليوم والمكان الذى سيجرى فيه بيعها ثم تحرير محضر توضع فيه الخطوات المختلفة التى إتبعت فى هذا الحجز وتسليمه الى المحجوز عليه أو مندوبه (٧) ولا يعتبر توقيع المدين رضاء منه بالسند الذى يتم التنفيذ بمقتضاه ولا نزولا عن حق الاعتراض على هذا السند ولا نزولا عن التمسك ببطلان إجراءات الحجز (٨)

فإذا رفض المدين أو من يقوم مقامه التوقيع أثبت ذلك فى المحضر وأكتفى بتوقيع مندوب الحاجز والشاهدين .

ولا يقتضى الحجز نقل الاشياء المحجوزة من موضعها ويجب أن يحرر محضر الحجز فى مكان توقيعه والا كان باطلا (م٣٥٣ مرافعات) ويستثنى من ذلك ما نصت عليه المادة ٩ من جواز نقل المحجوزات اذا كانت من المصوغات أو السبائك أو المجوهرات (٩) .

بطلان الحجز الإدارى فى حالة كسر الابواب او فض الاقفال بالقوة بدون حضور أحد مأمورى الضبط القضائى وعدم توقيعه :

رتبت جزاء البطلان على هذه المخالفة المادة من قانون الحجز الادارى بقولها (لا يجوز المندوب الحاجز كسر الابواب أو فض الاقفال بالقوة لتوقيع الحجز إلا بحضور أحد مأمورى الضبط القضائى ويجب أن يوقع هذا المأمور على محضر الحجز وإلا كان باطلاً) .

وعلة اشتراط حضور مأمور الضبط القضائى عند اتخاذ هذا الاجراء واشتراط توقيعه على المحضر هو خطورة الاجراء ذاته بفض الاقفال أو كسر الأبواب بالقوة ومن ثم لم يمنح المشرع مندوب الحجز الإدارى صفة الضبطية القضائية لشبهة إساءة استعمال السلطة ومن ثم إشترط وجود وجود مأمور ضبط قضائى لضمان سلامة الإجراء .

سقوط الحجز الادارى :

تنص المادة ٢٠ من قانون الحجز الإدارى : (يعتبر الحجز كأن لم يكن اذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه الا اذا كان البيع قد أوقف باتفاق طالب الحجز والمدين أو موافقة الحاجز على تقسيط المبالغ المستحقة أو لوجود نزاع قضائى أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون أو لإشكال أثاره المدين أو الغير أو لعدم وجود مشتر للمنقول المحجوز). تبنى المشرع فى هذه المادة مبدأ سقوط الحجز والعلة فى ذلك ألا تتأبد الحجوز ويتخذها الدائنون وسيلة تهديد مستمرة للمدنين فاذا تأخر البيع

عن الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٢٠ أعتبر الحجز كأن لم يكن وزالت آثاره بأثر رجعى فتصبح تصرفات المدين نافذة فى حق الجهة الحاجـزة منذ البداية . وغنى عن البيان أن السقوط المنصوص عليه فى المادة ٢٠ خاص بحجز المنقول لدى المدين فلا ينطبق فى حالة الحجز العقارى [١٠] .

ويبدأ حساب ميعاد السقوط من تاريخ توقيع الحجز كمبدأ عام ويعتبر الحجز كأن لم يكن اذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه فالواقعة المنشئة لسقوط الحجز هى مجرد واقعة سلبية بعدم اتمام بيع المحجوزات فى المدة المشار اليها [١١] .

والأصل أنه لا يكفى أن يحدد يوم البيع خلال هذه المدة بل يجب أن يتم البيع فعلا قبل انقضائها ذلك أن المادة ٢٠ تنص صراحة على أن الحجز يعتبر كأن لم يكن اذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر . وترد علـى هــذه القاعـدة عــدة استثناءات أوردها نص المادة ٢٠ وفيها يبقى الحجز ولا يسقط لمجرد تحديد يوم البيع خلال الستة أشهر ولو لم يتم البيع فعلا وهذه الحالات هى :

١ ـ اذا إتفق طالب الحجز والمدين على ايقاف البيع .

٢ ـ إذا وافق الحاجز على تقسيط المبالغ المستحقة .

٣ ـ اذا قام نزاع قضائى اعمالا لنص المادة ٢٧ التى تنص (يترتب على رفع الدعوى بالمنازعة فى أصل المبالغ المطلوبة أو فى صحة اجراءات الحجز أو باسترداد الأشياء المحجوزة وقف إجراءات الحجز والبيع الإداريين وذلك الى أن يفصـل نهائيا فـى النزاع) .

٤ ـ اذا حكمت المحكمة بوقف الحجز بناء على طلب المحجوز عليه .

٥ ـ اذا استشكل المدين أو الغير فى الحجز الادارى .

٦ ـ لعدم وجود مشتر للمنقول المحجوز عليه .

٧ ـ اذا صادف آخر يوم عطلة رسمية فيمتد ميعاد البيع الى أول يوم عمل بعد انتهاء العطلة .

٨ ـ مواعيد المسافة المنصوص عليها فى المادة ١٦ مرافعات .

وقد قضت محكمة النقض أن البطلان المقرر بالمادة ٢٠ من قانون الحجز الإدارى وإن كان يقــع بقــوة القانــون إلا أنــه لا يتعلق بالنظام العام فهو مقرر لمصلحة المدين فيسقط حقه فى التمسك بــه إذا تنازل عنه بعد إكتسابه أو اذا رد على الإجراء بما يدل على أنه اعتبره صحيحا عملا بنص المادة ٢٢ مرافعات فاذا تضمنت المخالصة المقدمة من المتهم قبول استمرار الحجز والحراسة فهذا يعنى نزوله عن التمسك بسقوط الحجز الذى كان قد أكتسب الحق فيه طبقا للفقرة الاولى من المادة ٣٧ مرافعات [١٢]

شروط صحة الحجز الادارى على ما للمدين لدى الغير :

أشار قانون الحجز الادارى فى المواد من ٢٨ حتى ٣٥ منه الى شـروط واجراءات معينة يتعيــن إتباعهـــا فى حجــز

ما للمدين لدى الغير ورتب على مخالفة بعض هذه الشروط بطلان الحجز الادارى وتخلص هذه الشروط فيما يلى :

أ) الشروط الواجب توافرها فى المال المحجوز عليه :

يتعين أن يكون المال المحجوز ديناً للمحجوز عليه فى ذمة المحجوز لديه أو منقولا له فى حيازة المحجوز لديه فان كان المال عقاراً ولو فى حوزه الغير فلا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير بل حجز العقار وأن كان منقولا فى حوزه المدين نفسه فانه يحجز المنقول لدى المدين لا حجز ما للمدين لدى الغير وان كان منقولا للمحجوز عليه فى حوزه الغير تعين حجزه حجز ما للمدين لدى الغير دون حجز المنقول لدى المدين وكل مخالفة فى هذا الشأن تصم الاجراءات بالبطلان (١٣)

ب) الشروط اللازم توافرها فى الحاجز والمحجوز عليه والمحجوز لديه :

يشترط فى الحاجز أن يكون دائنا للمحجوز عليه يستوى فى هذا أن يكون دائنا عاديا أو مرتهنا أو ممتازا ويستوى فى هذا أيضا أن يكون المحجوز عليه مدينا بصفة أصلية أو بصفة تبعية كالضامن غير المتضامن .

ويشترط فى الحاجز أيضا أن يكون دائنا وقت الحجز فان لم يثبت له هذه الصفة إلا بعد الحجز ولو قبل تمام الاجراءات كان الحجز باطلاً .

ويشترط في المحجوز عليه أن يكون مديناً شخصياً للحاجز ومالكاً للمنقولات المراد حجزها فى حيازة الغير . لذلك فان المحجوز عليه قد يكون هو المدين الأصلى للحاجز أو هو كفيل المدين الاصلى أو وارثه أو موصى له منه بجزء من التركة .

ويشترط فى المحجوز لديه أن يكون مديناً وقت الحجز للمحجوز عليه وتؤخذ المديونية هنا بمعناها الواسع بحيث تشمل من يكون ملزم للمحجوز عليه بنقل ملكية شئ لم تنقل ملكيته بعد كنقود وغيرها من المثليات المعينة بنوعها .

شروط صحة الحجز الإدارى على العقار :

أشار قانون الحجز الإدارى فى المواد من ٤٠ حتى ٧٤ منه الى شروط وإجراءات معينة يتعين إتباعها فى الحجز الإدارى على العقار ورتب على مخالفة بعض هذه الشروط بطلان الحجز .

وتخلص هذه الشروط فيما يلى :

أ) الشروط الواجب توافرها فى المال المحجوز :

يتعين أن يكون المال المحجوز عليه عقاراً ويرجع فى تعريف ما هو عقار الى القواعد العامة فى القانون المدنى .

وتكون الإجراءات مشوبة بالبطلان اذا توقع حجز المنقول على العقار أو توقع حجز عقارى على المنقول .

ب) الإجراءات التى تتبع فى هذا الحجز :

يسبق توقيع الحجز العقارى إعلان يوجه من مندوب الحاجز الى المحجوز عليه مالك العقار

أو الى واضع اليد عليه ولا يعتبر هذا الإعلان حجزاً وإن كان يعتبر بدء التنفيذ على العقار وبعد ذلك يوقع الحجز على العقار بعد مضى شهر من إعلان التنبيه والإنذار والا أعتبر الحجز كأن لم يكن م/٤١ ويتعين حتى يؤدى محضر الحجز غايته أن يتضمن فظلا عن البيانات المشار اليها فى المادة ٤٠ بيانات أخرى ضرورية هى : -

١- تاريخ توقيع الحجز .

٢ - بيان الجهة الحاجزة وأسم مندوبها ولقبه ووظيفته .

٣ - إسم المدين ولقبه ووظيفته أو مهنته وعنوانه .

٤ - صورة من أمر الحجز وبيان المبالغ المطلوبة ووصف العقار محل الحجز وصفاً دقيقاً .

٥ - تحديد ثمن العقار وهو الثمن الأساسى الذى تبدأ به المزايدة .

٦ - تحديد يوم البيع وساعته .

٧ - بيان ما قام به مندوب الجهة الحاجزة من الإجراءات وما لقيه من العقبات أو الإعتراضات أثناء الحجز .

٨ - اسم كل من الشاهدين وعنوانه وتوقيع كل منهما على محضر الحجز .

٩ - توقيع المندوب الذى أوقع الحجز .

وتشترط المادة ٤٠ ويشتمل الإعلان على بيان المبالغ المطلوبة وأنواعها وتواريخ استحقاقها ووصف العقار أو المحل أو الأعمال المستحقة عليها هذه المبالغ وذلك ببيان موقعه بايضاح حدوده واسم الحوض ورقمه اذا كان أرضاً زراعية واسم القسم أو الشارع أو الحارة ورقم الملك اذا كان عقاراً فى المدن وغير ذلك من البيانات التى تفيد فى تعيينه) .

ثم يقوم مندوب الحاجز بتوقيع الحجز بعد مضى شهر على الأقل من تاريخ إعلان التنبيه والانذار والا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

ويجوز توقيع الحجز قبل الميعاد المذكور اذا طلب المدين ذلك .

ويوقع الحجز بحضور شاهدين ويجوز عند الإقتضاء الإستعانة بواحد من أهل الخبرة أو مساح لمساحة العقار وتحديده وتثمينه ولمندوب الحاجز الحق فى دخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصفه ووصف مشتملاته وله أن يستصحب من يعاونه فى ذلك ولا يجوز منعه من الدخول لأداء هذه المأمورية وعلى جهات الادارة تمكينه من أداء مأموريته عند الإقتضاء) . م/٤١ ولمندوب الحاجز أن يعين على العقارات حارساً أو أكثر ويجوز أن يكون الحارس هو المالك أو الحائز م/٤٣ .

إشهار محضر الحجز العقارى :

يشهر محضر الحجز العقارى الذى يوقع لدين من الديون المستحقة غير الديون المتازة بمكتب الشهر العقارى المختص على نفقة المحجوز عليه) م/٤٤ .

وتستثنى المادة ٤٤ الديون الممتازة من ضرورة اشهار محضر الحجز الموقع استيفاء لها والديون الممتازة نص عليها

المشرع فى المادة ١١٣٩ من القانون المدنى وهى :

١ ـ المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان يكون لها إمتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن .

٢ ـ وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الاموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضمونا برهن رسمى عدا المصروفات القضائية .

وليس هناك ما يمنع من قيام الجهة الحاجزة بدين ممتاز من شهر محضر الحجز العقارى .

عدم نفاذ التصرف فى العقار المحجوز :

لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز على العقار المحجوز ولا ما يترتب عليه من رهن أو إختصاص أو إمتياز فى حق الحاجز ولا فى حق الراسى عليه المراد اذا كان التصرف أو ما رتبه المدين قد حصل شهره بعد تسجيل محضر الحجز على العقار وفاء المطلوبات أو ديون أخرى لا امتياز لها .

ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المشار اليه إذا قام ذور الشأن قبل اليوم المعين للبيع بإيداع المطلوبات والمصروفات المستحقة بأكملها حتى نهاية الشهر الذى تقع فيه جلسة البيع خزانة الجهه الادارية الحاجزة أو خزانة المحافظة أو المديرية التى يقع فى دائرتها البيع مع اعلان المحافظ أو المدير بذلك فان لم يحصل الإيداع قبل ايقاع البيع فلا يجوز لأن سبب منح ميعاد للقيام به م/٤٧ .

إعلان اصحاب الحقوق العينية :

أوجب المشرع فى الفقرة الاول من المادة ٤٨ إعلان محضر الحجز إلى أصحاب الحقوق العينية الموقعة على العقار المحجوز والمشهرة قبل توقيع الحجز الإدارى مقابل ديون ممتازة أو قبل تسجيل محضر الحجز الإدارى مقابل ضرائب أو مطلوبات أخرى والغرض من هذا الإعلان هو تمكين كل من يهمه الأمر العلم بالبدء فى إتخاذ إجراءات الحجز والبيع الإداريين على العقار موضوع الإجراءات .[١٤]

ويقتصر واجب الإعلان على هؤلاء فلا يجب اخبار المدين أو الحائز أو الدائنين الحاجزين الآخرين غير مباشرى الإجراءات كما لا يجب اخطار مشترى العقار من المدين بعقد غير مسجل (نقض مدنى ١/٢٢ سنة ١٩٧٠ مجموعة النقض ٢١ ص ١٤٩).

ويجب أن يحصل الإعلان خلال شهر من تاريخ الحجز اذا كان الحجز مقابل ديون ممتازة أو من تاريخ تسجيل محضر الحجز اذا كان الحجز مقابل ضرائب أو مطلوبات أخرى ولا يكفى لذلك مجرد تسجيل الإعلان فى مصلحة البريد كما أن ميعاد الشهر لايضاف اليه ميعاد مسافة .

إخطار مكتب الشهر العقارى بحصول إعلان الدائنين :

يخطر الحاجز مكتب الشهر العقارى بحصول الإعلان المنصوص عليه فى المادة ٤٨ مع ارسال نسخة من محضر الحجز وذلك خلال الثمانية

الأيام التالية لتاريخ آخر اعلان للدائنين أو للنيابة .

وعلى الموظف المختص بمكتب الشهر العقارى أن يؤشر بحصول هذا الاعلان على هامش قيود الدائنين والتوقيع على نسخة المحضر بما يفيد ذلك ثم يعيده الى الحاجز خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول إخطار الحاجز إليه ويصبح جميع الدائنين من تاريخ التأشير بحصول اعلانهم طرفا فى الإجراءات م/٤٩ .

تحقيق صحة إجراءات الحجز :

بعد إنتهاء إجراءات الحجز العقارى وقبل الشروع فى اجراءات البيع يكون على الجهة الحاجزة مراجعة الإجراءات المتخذة خاصة ما يلى :

١ ـ طلب شهادة عقارية تكميلية حتى تاريخ توقيع الحجز أو تسجيله حسب الأحوال .

٢ ـ فحص الشكاوى المتعلقة بأساس تكليف العقار المحجوز .

بيع العقار :

يباع العقار المحجوز بالمزاد العلنى بعد مضى شهرين على الأقل وقبل مضى أربعة أشهر من تاريخ اعلان الحجز أو شهره حسب الاحوال مالم يؤجل البيع طبقا لاحكام المادة ٥٥ وينشر عن البيع فى الجريدة الرسمية ويجب ان يكون النشر قبل اليوم المعين للبيع بثمانية أيام على الأقل ويشتمل على أسباب البيع وتاريخ الحجز ورقم تسجيل محضر الحجز وتاريخه ان كان مسجلاً وتعيين اليوم الذى حدد للبيع والبيانات الخاصة بموقع العقار المزمع بيعه ومساحته وحدوده والثمن الأساسى الذى ينبغى إفتتاح المزاد به والموضح بمحضر الحجز وجميع الإيضاحات المتعلقة بشروط البيع واذا كان العقار مقسماً الى صفقات فتوضوح جميع البيانات الخاصة بكل صفقة على النحو سالف الذكر .

كما يعلن عن البيع بالتعليق على اللوحة المعدة للإعلانات بديوان المحافظة أو المديرية المختصة وعلى باب مقر العمدة فى القرية التى تقع فيها الأعيان والباب الرئيسى للمركز أو القسم الذى يقع العقار فى دائرته وفى موضع ظاهر من كل عقار من العقارات المطلوب بيعها إذا كانت مسورة أو كانت من المبانى . ويجب اثبات تعليق الاعلانات فى محضر يحرره ويوقعه مندوبو الجهة الحاجزة المكلفون بذلك .

ويجوز فضلاً عما تقدم النشر عن البيع فى الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية وذلك فى الحالات التى يرى فيها الحاجز النشر عنها بهذا الطريق م/٥٣ .

الحجز الإدراى ليس قراراً إدارياً:

استقرت أحكام النقض والإدارية العليا على أن إجراءات الحجز والبيع الادارى كما نظمها القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ لا تعدو وأن تكون نظاماً خاصاً وضعه الشارع لتحصيل المستحقات التى للحكومة فى ذمة الأفراد راعى فيه التبسيط والسرعة وقلة النفقات مستبدلاً إياه بنظام قانون المرافعات للإعتبارات المذكورة فيما تتخذه الجهات الحكومية المختصة من إجراءات

فى هــذا الخصــوص تطبيقــاً للقانون المذكور أو ما تثيره من منازعات مع ذوى الشأن فى هذا النطاق لا يعتبر والحالة هذه من قبيل القرارات الادارية بالمعنى المقصود من القرار الادارى [١٥] .

وطبيعى أن محل إعمال هذه القواعد هو أن تكون المنازعة متعلقة بحجز ادارى أما اذا وصف الخصم الأمر الصادر من الإدارة بأنه حجز ادارى والحال أنه ليس كذلك فإن المحكمة يتعين عليها أن تسبغ التكييف السليم للأمر ثم تعمل الحل القانون الذى يسفر عنه هذا التكييف السليم .

ويترتــب على أن الحجــز الإدارى ليس قراراً إدارياً أن المحاكم العادية تختص بالمنازعات الخاصة باجراءاتها أو بالغائها أو عدم الاعتداد بها أو وقف اجراءات البيــع الناشــئة عنها أســوة بالمنازعــات المتعلقــة بالحجوز القضائية [١٦] .

اشكالات التنفيذ الوقتية بشأن الحجوز الإدارية واختصاص المحاكم العادية بها :

يجوز للمنفذ ضده أو الغير الاعتراض على التنفيذ سواء قبل مرحلة الحجز بهدف منعه أو بعد توقيع الحجز وقبل البيع بهدف وقف المرحلة الأخيره وهى مرحلة البيع وفى الحالتين فإننا نكون أمام اشكال وقتى فى التنفيذ ولا يلزم فيه قاضى التنفيذ بوصفه قاضياً للامور المستعجلة أن يتحرى وجه الاستعجال لافتراض وجوده وكل ما يتقيد به هو ألا يمس فى حكمه أصل الحق وعلى ذلك فإن لــه بحــث كافــة الاعتراضات المثارة أخذاً من ظاهر المستندات توصلاً للقضاء بالإجراء الوقتى المطلوب منه سواء كان وقف الحجز أو البيع أو الاستمرار وحكمه فى ذلك لا يمس أصل الحق فان استبان له جدية الإعتراضات سواء أكان مبنى الإشكال شكلياً أو موضوعياً قضى بوقف الحجز أو البيع حسبما يستبان له . وأن أستبان له العكس قضى برفض الإشكال والاستمرار فى التنفيذ وليس فى ذلك ثمة مساس بأصل الحق [١٧] أما اذا توقع الحجز وكانت المنازعة الوقتية بهــدف عــدم الإعتــداد بتلك المرحلة التى تمت أو عدم تأثيرها فان المنازعة تكون تالية للتنفيذ وينظرها قاضى التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة فى هذه الحالــة كمنازعــة تنفيذ مستعجلة ويشترط لإختصاصه بها ضرورة توافر شرطين أولهما الاستعجال وثانيهمــا أن يكون المطــلوب منــه إجــراءاً وقتيــاً لا يمس أصل الحق .

فاذا تبين له أخذا من ظاهر المستندات تخلف أحد الشرطين سالفى الذكر كأن تكون الدعوى مفتقره إلى الاستعجال أو يكون فى إجابة رافعها مساس بأصل الحق تعين عليه القضاء بعدم اختصاصه نوعياً بنظرها بصفته المستعجلة وإن جاز له نظرها بصفته الموضوعية إذا توافرت له تلك الصفة الموضوعية .

وقد جرى القضاء أنه يتعين للحكم بعدم الاعتداد بالحجز أن يكون البطــلان بادايــاً للوهلة الأولى فان كان مبنى البطلان محل جدل فقهى فان القاضى لايحكم بعدم الاعتداد بالحجز [١٨] .

الأثر الواقف للاشكال الوقتى فى الحجوز الادارية :

تنص المادة ٢٧ من قانون الحجز الاداري ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ المعدله بالقانون ٣٠ لسنة ١٩٧٢ (يترتب على رفع الدعوى بالمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو في صحة إجراءات الحجز أو بإسترداد الأشياء المحجوزة وقف إجراءات الحجز والبيع الإداريين وذلك الى أن يفصل نهائياً في النزاع ويحكم في دعوى المنازعة على وجه السرعة) .

وهذا النص يقرر الأثر الواقف للمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو للمنازعة الوقتية في صحة إجراءات الحجز أو لدعوى الإسترداد وذلك بالنسبة للحجز الاداري على المنقول أما الاثر الواقف للحجز على العقار فتقرره المادة ٧٤ بقولها :

(يترتب على رفع الدعوى بالمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو في صحة إجراءات حجز العقار وقف اجراءات الحجز والبيع الإداريين وذلك إلى أن يفصل نهائياً في النزاع ويحكم في المنازعة على وجه السرعة) . والخطاب موجه من المشرع في المادتين الى مندوب الحاجز الذي يباشر التنفيذ لا الى المحكمة التي ترفع اليها المنازعة [١٩] .

ويبين أن المادتين جاءت صياغتهما بحيث تسرى على المنازعات الموضوعية والوقتية .

ومن ثم فإن مندوب الحاجز في الحجز الإداري على العقار أو على المنقول لدى المدين مكلف من المشرع على جهة الوجوب بأن يوقف إجراءات الحجز وأن يوقف اجراءات البيع إذا رفع المحجوز عليه أو الغير منازعة في هذا التنفيذ يستوى في ذلك أن تكون المنازعة وقتية أو موضوعية .

والمفروض بطبيعة الحال أنها منازعة سابقة على تمام التنفيذ حتى يمكن أن يقال أنها ذات أثر واقف لأنه لا يتصور إيقاف تنفيذ ما نفذ فعلاً ومن هنا يوقف الحجر بالمنازعة الوقتية أو الموضوعية التي ترفع قبل توقيعه أو أثناء توقيعه أما إذا رفعت تلك المنازعة بعد توقيعه فلا يتصور أن توقفه وإنما توقف البيع .

خاتمة :

تناول البحث بيان طبيعة الحجز الإداري وشروط صحته وجزاء تخلف هذه الشروط ثم بيان مدى إختصاص المحاكم العادية بنظر منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية بشأن الحجوز الادارية ثم بيان مدى الأثر الواقف لها وأرجو من المولى عز وجل أن أكون قد وفقت في ذلك قدر جهدي والكمال لله وحده إنه نعم المولى ونعم النصير .

(١) نقض ١٩٣٦/٥/١٤ المجموعة الرسمية ـ ٣٧ ـ ٢٢٤ ونقض ١٩٥٥/١/٢٧ المكتب الفنى ٦ ـ ٥٧٥ ونقض ١٩٥٥/٣/١٠ ونقض ١٩٦٩/١٢/١٦ المكتب الفنى ٢٠ ـ ١٢٨٠ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ١٩٥٧/٢/٢ المكتب الفنى ـ ٢ ـ ٤٤٨ .

(٣) الحجز الإدارى علماً وعملاً أ / عبد المنعم حسنى المحامى ص١٦ .

(٤) نقض ١٩٧٢/١/١٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ ص ٤٤ .

(٥) محكمة طنطا للأمور المستعجلة ـ القضية رقم ٢١١ لسنة ١٩٦٧ جلسة ١٩٦٨/٤/٣٠ .

(٦) الحجز الإدارى علماً وعملاً أ/ عبد المنعم حسنى ص ١١١ .

(٧) قضاء الأمور المستعجلة محمد على راتب ص . ٩٧٠ ، ٩٧١ ، ٩٧٢ .

(٨) إجراءات التنفيذ . أبو الوفا طبعة ١٩٦٤ ص ٤٤٨ .

(٩) الحجز الإدارى أ / عبد المنعم حسنى ص ١٣٦ .

(١٠) نقض ١٩٧٩/٥/٢٤ الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٤٥ ق .

(١١) عبد المنعم حسنى الحجز الإدارى ص ٢٤١ .

(١٢) نقض جنائى ١٩٥٩/٥/١٩ مجموعة النقض السنة ١٠ ص ٥٥٨ وأيضاً نقض جنائى ١٩٥٦/٤/١ مجموعة النقض السنة ١٠ ص ٤٣٠ وأيضاً نقض مدنى ١٩٧٨/٣/٢١ .

(١٣) قضاء الأمور المستعجلة محد على راتب ص ٩٧٤ طبعة ١٩٨٥ .

(١٤) أ / عبد المنعم حسنى المرجع السابق ص ٦١٢ .

(١٥) نقض ١٩٣٦/٥/١٤ المجموعة الرسمية ـ ٣٧ ـ ٢٢٤ ونقض ١٩٥٥/١/٢٧ ، نقض ١٩٥٥/٣/١٠ ـ ٦ ـ ٨٢١ .

(١٦) نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ المكتب الفنى ـ ٢٠ ـ ١٢٨ .

(١٧) منازعات التنفيذ الوقتيه ـ مصطفى مجدى هرجة طبعة ١٩٨٢ ص ٤٣٢ .

(١٨) قضاء الأمور المستعجلة محمد على راتب ونصر الدين ص ١٠٧٤ .

(١٩) قضاء الأمور المستعجلة لمحمد على راتب ونصر الدين ض ١٩٧٩ .

الخطورة الإجرامية
كشرط لإنزال التدبير الإحترازى

للسيد الأستاذ
يحيى صديــق
المحامى

مقدمــة :

تعتبـر نظريــة الخطــــورة الإجرامية إحدى أهم التحولات الكبرى فى السياسة الجنائية الحديثة ، بعد أن سيطرت على الفكر الجنائى المعاصر فكرة تطوير كثير من مبادىء علم العقاب . فالتنبوء بالخطر الذى يهدد المجتمع بالجريمة والعمل على مواجهته بأسلوب يكفل القضاء عليه قبل أن يتحول إلى آفة تسيطر على المجتمع ؛ هو عمـل جديـر بالأهتمـام ينبغى السعى من أجل تحقيقه .

وتوجــه نظريـــة الخطـــورة الإجراميـــة عنايتهـا لدراســة شخصية المجرم بدلاً من الجريمة ، وتتطلع إلى المستقبل بدلاً من الماضى لتقيم مفهومـاً واقعيـاً للدفـاع الإجتمـاعى ، أساسـه حمايـة المجتمع من الأخطــار الإجرامية التى تهدده ، وتبين أن أساس الجــزاء الجنـائى ومعياره هـو خطـورة المجـرم لا جسامة الجريمة . وتعمل على هجـر المفاهيـم المجـردة التى سادت القرن الثامن عشر بفضل المدرسة الكلاسيكية .

ولقد أثير الكثير من الجدل حول هذه النظرية ، وتناولتها مؤتمرات دولية عديدة بالدراسة والتحليل . وينصب النقاش حول إمكانية التنبوء بالحالة الخطرة وجسامتها ومدى شرعيتها ، وهى مفاهيم إنقسم الفقه بشأنها وتعددت الآراء بصددها ، فى حين إنعقد الإجماع حول ضرورة توافرهـا لـدى الفـرد الواجـب إتخاذ التدبير الإحترازى ضده .

تقسـيم:

* **مبحث تمهيدى :** نشــأة الخطورة الإجراميــة وتطورهـــا وأهميتها .
* **مبحث اول :** تعـــريف الخطورة الإجرامية .
* **مبحث ثان :** عناصر الخطورة الإجرامية .
* **مبحث ثالث :** خصائص الخطورة الإجرامية .
* **مبحث رابع :** تمييز الخطورة الإجرامية عما يشتبه بها .
* **مبحث خامس :** العوامل المحددة لدرجة جسامة الخطورة الإجرامية .
* **خاتمة :** النتائج المستخلصة من البحث .

المبحث التمهيدى
نشــأة الخطورة الإجراميــة وتطورها واهميتها

المطلب الأول
نشأة الخطورة الإجرامية وتطورها

تمهيد :

تعد نظرية الخطورة الإجرامية من الأفكار الأساسية فى علم

الإجرام الحديث . وهي تساهم بنتائجها الهامة بقدر كبير في تطور الكثير من أحكام قانون العقوبات ، كما تؤثر في تنظيم الخصومة الجنائية على الذى يكفل للقاضى تقدير خطورة المجـرم .

ويرتبط ظهور هذه النظرية بنشــأة المدرســة الوضعية . . وسوف نتتبع فيما يلي الخطوات التي مرت بها والمبادىء التي لازمت ظهورها وتطورها [1] .

الفرع الأول

عدم ظهور الفكرة فى المدرسة الكلاسيكسة [2]

لم تكن المدرسة الكلاسيكية تولي المجرم إهتماماً مذكوراً عند تقدير العقوبة ، بل عاملته ونظرت إليه بإعتباره مجرد موضوع قابل لأن تطبق عليه الصيغ النظرية لمواد قانون العقوبات ، بحيث يتحول عند تنفيذ العقوبة إلى مجرد رقم جامد شأنه في ذلك شأن أرقام مواد قانون العقوبات .

وقـد قامت هـذه الأفـكار التقليدية على عدة إعتبارات أهمهـا هــو ذلك الإعتقــاد الفلسفى الذى يقوم على روح التجريــد ، والذى ينظـر إلى الواقعـة بوضـعها القانــونى مجردة عن شخص مرتكبها ، والذى لم يكن يؤسر الآثار المحتملة لتوقيع العقاب على ملاحظات ثم أستقراؤها بحذر ، وإنما على أفكار جديدة مجردة عن الطبيعة الإنسانية والخبرة الشخصية .

هــذا أدى إلى تأثر الفقـه التقليدى بمبدأ مساواة الأفراد أمام القانون ، والذى فهم فى القرن الثامن عشر فهماً جامداً يجعل من القاضى مجرد بوق يردد كلمة القانون ، وآلة توزع العدل بين الناس بالمساواة دون أن يحاول من جانبه التحقق من توافر المساواة بين الشخصيات الإجرامية الماثلة أمامه . . .

الفرع الثاني

نشأة فكرة الخطورة الإجرامية وتطورها

يرتبط ظهور فكرة الخطورة الإجرامــة بنشــأة المدرســة الوضعية ، وقــد نـادى بهــذه الفكرة جاروفالو فى مقال نشره عام ١٩٧٨ تحت عنوان دراسات حديثة فى العقاب ، ثم طور فكرته فى كتابـه الشـهير عـن " علم الإجرام " [3] حين أعلن أن أساس العقوبة ومعيار تحديدها يتمثل فى الخطورة الإجرامية .

لذلك فإن نظرية جاروفالو أعطت للعقوبات دورها كوسيلة لتحقيق إصلاح المجرم عن طريق تجنيبه العودة إلى الإجرام ، وذلك بتحديد العقوبة بنسبة تتفق مع خطورة هذا المجرم ، وبهذا أنحصر الأهتمام فى الإنسان المجرم ، شخصيته ، خصائصه ، خطورته الإجرامية .

ورفض أنصــار المدرســة الوضعية الفــكرة الكلاسيكية التى تقابل المقاصة بين الجريمة ، والعقوبة لكى ينادوا بتفريد العقاب وفقاً للخطورة الإجرامية للجانى .

وقــد أســتهدفت المدرسـة الوضعية فى الإعتمــاد على فكرة الخطــورة الإجراميــة ، تحقيق الدفاع الإجتماعى بإعتباره الهدف الأسمى للنظام الجنائى ، فوفقاً لهذه المدرسة ، لا يعتبر

الجزاء الجنائى إلا مجرد وسيلة لتحقيق الأمن الإجتماعى ليتجنب وقوع جرائم جديدة . فليس مصدر الخطر على المجتمع الجريمة التى وقعت وإنما هى الشخصية الإجرامية بما تهدد به من العودة إلى الجريمة .

لذا فإن هذه المدرسة لا تحارب الإجرام ممثلاً فى الجريمة ذاتها ، كما فعلت المدرسة الكلاسيكية ، وإنما تحاربه فى شخص مرتكبها ، فى خطورته الإجرامية .

وقد رأت هذه المدرسة أنه لتحقيق الدفاع الإجتماعى ضد المجرم . لا قيمة للأعتبارات الأدبية فى تحديد المسئولية طالما أن كل نشاط إجرامى يصدر عن الإنسان هو نتيجة حتمية للعوامل البيولوجية والنفسية والإجتماعية .

وبهذا إنتهت المدرسة الوضعية إلى إنكار مبدأ المساواة فى المسئولية الأدبية كأساس للعقاب وأهملت قيمة حرية الأختيار أو فقده فى إنعقاد المسئولية الجنائية ، وأحلت بدلاً منها فكرة الخطورة الإجرامية كأساس للعقاب .

وجاء الإتحاد الدولى لقانون العقوبات على أيدى هامل وليزت وبرنز فى القرن التاسع عشر ، فأكد الأعتماد على فكرة الخطورة الإجرامية وإحلالها محل المسئولية الأدبية ، وقالا بأن تدابير الدفاع الإجتماعى يجب أن تهدف إلى إبطال مفعول الخطورة الإجرامية .

ثم جاءت الأفكار الحديثة للدفاع الإجتماعى فى القرن العشرين - التى بلورها المستشار / مارك أنسل - تدعو إلى الإهتمام بالخطورة الإجرامية فى تحديد تدابير الدفاع الإجتماعى (٤) .

ولقد لفت لمبروزو بأبحاثه الإنتباه إلى شخصية الجانى بعد أن كان كائناً مجرداً من فقه المدرسة الكلاسيكية وسلط الأضواء على « الجبرية البيولوجية » التى تحكم أفعال وتصرفات المجرم ، محدثاً فى علم الإجرام تطوراً مفاجئاً .

وعلى نفس الهدى ، تابع فيرى السير على نفس المنهج - الذى نهجه سلفه لمبروزو فى التركيز على شخصية الجانى ، مظهراً أهمية العوامل الإجتماعية فى تفسير الإجرام فيما يسمى « بالجبرية الإجتماعية » (٥) .

وهكذا يبين أن الخطورة الإجرامية قد ابتدأت فى الظهور بوضعها بديلاً للمسئولية الأدبية ، ثم أنتهت فى صورتها الحالية إلى إعتبارها أساساً لتحديد مضمون الجزاء الجنائى الذى لا يجوز توقيعه إلا على مجرم توافرت لديه حرية الإختيار . (٦)

الفرع الثالث

المبادىء الملازمة لفكرة الخطورة الإجرامية (٧)

وإذا أستقرأنا المبادىء الملازمة لفكرة الخطورة الإجرامية ، يبين ما يلى :

١ - أن المدرسة الكلاسيكية لم تعرف الخطورة الإجرامية ، أكتفاء بمجرد الإعتماد على حرية الإختيار كأساس المسئولية ، وتمشياً مع فكرتها فى المساواة بين الأشخاص فى العقاب .

٢ - أن المدرسة الوضعية عرفت الخطورة الإجرامية . مع إنكار مبدأ المسئولية الأدبية ،

وإعتبرت هذه الخطورة بديلاً لمبدأ الإرادة الحرة .

٣ - أن الأتحاد الدولى الجنائى . وإن اختلف مع المدرسة الوضعية حين أجاز الحكم بالعقوبات والتدابير الأحترازية ، وساير الأفكار الوضعية التى تجعل الخطورة الإجرامية أساساً للمسئولية الأدبية ، بدلاً من مبدأ الإرادة الحرة .

٤ ـ أن مذهب الدفاع الإجتماعى الجديد ، لم يستبدل الخطورة الإجرامية بمبدأ المسئولية الأدبية ، بل أقر هذا لمبدأ إيماناً منه بأن حماية المجتمع لا تتحقق إلا بحماية الإنسان ، ثم أخذ بفكرة الخطورة الإجرامية للإستعانة بها فى إختيار العقوبة أو التدبير الأحترازى الملائم .

ويترتب على إختلاف دور الخطورة الإجرامية فى المدرسة الوضعية منه فى مذهب الدفاع الإجتماعى الجديد ما يلى :-

أولاً: أن الخطورة الإجرامية فى فقة الدفاع الإجتماعى الجديد لا تظهر أهميتها إلا بالنسبة إلى فئة معينة من المجرمين الذين توافرت فيهم سمات هذه الخطورة .

فليس هناك تلازم دائم بين الخطورة والإجرام ، ولذلك فإنه يمكن إقامة مقابلة بين مجرمين توافرت فيهم الخطورة الإجرامية وآخرين لم تتوافر فيهم هذه الحالة .

ثانياً: أن الخطورة الإجرامية فى فقه المدرسة الوضعية تعتبر أساس كل تنظيم قانونى جنائى ، إذ لا مسئولية دون خطورة ، ومن ثم فلا مجال للتمييز فى نطاق هذا التنظيم بين مجرم خطر وآخر غير خطر ، لأن الغرض هو توافر الخطورة فى كل من يخضع لهذا التنظيم .

وقد أدت هذه الفكرة إلى الأخذ بمبدأ العقوبة ولا تدبير أحترازى دون خطورة إجرامية ويعنى ذلك إنه لتطبيق العقوبة أو التدبير الأحترازى تطبيقاً سليماً لا يكفى التحقق من كون المحكوم عليه مرتكباً للجريمة ، وإنما يتعين بالضرورة التثبت من خطورته الإجرامية وقت الحكم عليه ، إذ أن هناك من يثبت عدم خطورته بعد إرتكاب الجريمة ، تماماً كالنحلة التى فقدت شوكتها بعد أن لدغت المصاب .

المطلب الثانى

أهمية الخطورة الإجرامية

تدور الخطورة الإجرامية مع التدبير الأحترازى وجوداً وعدماً ، يعنى إنه إذا توافرت الخطورة الإجرامية أنزل التدبير الأحترازى وينتهى الأحترازى بزوالها (٨) .

فالخطورة الإجرامية تكاد تكون المفترض الوحيد لتطبيق التدبير الأحترازى حتى مع إشتراط وقوع جريمة ، ذلك أنا بمناسبة إرتكاب الجريمة وليس بسببها ، وتؤخذ الجريمة كدلالة على توافر تلك الخطورة . (٩)

الأهمية العملية للخطورة الإجرامية :

يلاحظ أن الخطورة الإجرامية هى المناط لكثير من الأنظمة المأخوذ بها فى قانون العقوبات كالإعتياد على الإجرام ، والإفراج الشرطى ، ورد الإعتبار وأيضاً فى مجال التنفيذ العقابى وتقسيم المجرمين داخل المؤسسات العقابية . (١٠)

فأهميــة الخطــورة الإجرامية لا تقف عند مجرد تأثيرها في تحديد الجزاء الجنائى ، وإنما يتوقف عليها تفريد المعاملة أثناء التنفيذ ، وتفريــد التدابير اللاحقة على هذا التنفيــذ ، وذلك على النحو الآتى : [١١]

أولاً : أهميــة الخطـــورة الإجرامية أثناء التنفيذ :

مــن المؤكــد أن الخطـــورة لا تتوقف عليــها تفريــد عن الظهــور عندما يوضــع المجرم فى إحــدى المؤسســات العقابية أو تحت المراقبة ، ولا يمكن الإطمئنان إلى أنه سوف يكف عن مباشرة أى لون من النشاط الإجرامى إلا إذا قيدت حريته فى الحركة بوسائل آلية ، وهو أمر أقلعت عن إستعماله الدول المتمدينه .

وإذا تصفحنا التاريخ العقابى لوجدنا أمثلة عديدة من النشاط الإجرامى الذى يرتكب داخل الســجون وفى غيرهــا مــن المؤسات العقابية ، وخاصة أن الجــو النفسى الذى يملأ هذه المؤسسات يشجع على إزدياد السلوك الإجرامى ، وقد لوحظ إنه فى عــام ١٩٤٥ عدلت السويد تنفيذ العقوبة تعديلاً من شــأنه تخفيف حــدة الضغط النفسى ضد المسجونيين ، إلا أن القدر الكبير من حرية التصرف الذى منح للمسجونين أدى إلى تسهيل بعض النشاط الإجرامى الذى مارسه عدد كبير من المسجونين أبان تنفيذهم للعقوبة كما أن بعض القوانين تيسر للمسجونين الإتصال الخارجى فى حدود متفاوته مما يسهل لهم الإتصال بأصدقائهم وزملائهم وتمكينهــم من تخطيط جرائــم أخرى جديدة ، الأمر الذى أدى إلى القول بأن إصلاح وسائل تنفيذ العقوبة فى هذه القوانين قد أضعف من الحماية الواجب توافرها ضد الخطورة الإجرامية للمسجونين وسهل للمجرمين الطلقاء إرتكاب الجرائم . فالوسط الذى يعيش فيه المجرم فى المؤسســات العقابيــة تنفيــذاً لتدابير الدفاع الإجتماعى ليس مجرد وضع لاحق على الجريمة ، وإنما قد يــكون وضعاً سابقاً عليهــا ، مما لا تجــوز معــه التهوين من أهمية دراسته فى علم الإجرام وتقديراً لأهمية تفريد معاملة المجرمين وفقاً لدرجة خطورتهــم أســتحدثت بعض التشريعات الحديثة نظام قاضى التنفيــذ ، ومقتضاه أن يقــوم بالإشــراف على تنفيذ الأحكام قاضى تتوافر فيه كل الضمانات حتى يســتطيع أن يضــمن تحقيق الأهــداف التى توخاها قاضى الحكم ، فيتحقق التناسق بين معاملة المجرم عند الحكم ومعاملته عند التنفيذ .

ومما لا شــك فيه أن تطور الخطــورة الإجراميــة أدى إلى قابلية التدبير الإحترازى للتعديل أثناء التنفيذ فإذا زادت الخطورة الإجرامية أمكن إبدال التقدير الإحترازى بتدبير أشد ، أما إذا قلت الخطورة الإجرامية فيمكن إبداله بتدبير أخف [١٢].

ثانياً : أهميــة الخطــورة الإجرامية بعد مرحلة التنفيذ :

تبدو أهمية الخطورة الإجرامية فى هــذه المرحلة فيمــا يتعين إتخــاذه من تدابيــر الرعايــة اللاحقة قبــل المجرمين بعــد الإفراج عنهم . فعلاج الخطورة الإجراميــة يقتضى تأهيــل المسجونين إجتماعياً وإعدادهم

للحياة الخارجية التى تتفق مع غرائزهم والتى لا تتوافر فيها الظروف التى تساعد على تقوية الدافع إلى الجريمة أو إضعاف المقاومة .

لذا يتعين دراسة مدى خطورة المجرم وتقدير مدى إستعداده للخضوع لأوامر القانون بعد الإفراج عنه .

المبحث الأول
تعريف الخطورة الإجرامية

المطلب الأول
المعنى اللغوى للخطورة الإجرامية

الخطر ـ لغوياً ـ يعنى الإشراف على الهلاك . والرهان والعوض . والنصيب . وفى حديث عمر ، فى قمة وادى القرى : " وكان لعثمان فيه خطر ولعبد الرحمن خطر " والمثيل فى الشرف والرفعة ـ جمع أخطار . [١٣]

أما الإجرام فمعناه : الخطأ والذنب ـ يقال " لا جرم ولا جزم " ، أى لا بد أو لا محالة أو حقاً ـ وقد تحول (المعنى) إلى معنى القسم فيقال " لاجرم لأفعلن " [١٤] فالجرم والجريمة : الذنب ـ تقول منه جرم وأجرم وإجترم [١٥]

مما تقدم يتضح أن الخطورة الإجرامية ـ لغوياً ـ تعنى : الخطأ والذنب المؤدى إلى الهلاك فالخطورة الإجرامية ما هى إلا ذنب أو خطأ مهلك ، فلا بد من الوقوع فى الهلاك إذا ما تحقق الذنب الناتج عن الخطأ .

لذلك فإن معالجة الدولة للسلوك الإجرامى للفرد ـ عن طريق إتخاذ التدبير الإحترازى تجاهه لمجابهة سلوكه الغير سوى برده إلى المسلك الصحيح ـ يجد سنده فى هذا المعنى اللغوى للخطورة الإجرامية .

فخطأ الشخص المتحقق به معنى الذنب يؤدى إلى فساد المجتمع ، حيث أن المجتمع ما هو إلا مجموع جزيئات أفراده وفساد جزئية فيه قد تلحق الفساد بالأجزاء الأخرى .

وهذا ما حدا بالمشرع إلى معالجة الخطورة الإجرامية فى قانون العقوبات وقوانين أخرى خاصة حتي يحمى مجتمعه من داء يوشك أن يودى به ، إذا ما تفشى الخطر الإجرامى وإستمر دون الحد منه بتدابير أحترازية تكفى لكبح جماحه .

المطلب الثانى
التعريف الفقهى للخطورة الإجرامية

تمهيد :

تعددت المحاولات الفقهية التى قيلت لتعريف الخطورة الإجرامية ، ولعل ذلك راجع إلى صعوبة تحديد طبيعتها ، وكونها فكرة قانونية تقوم على مؤثرات وعوامل كثيرة ، طبية وإجتماعية ، موروثة ومكتسبة ، مزمنة ومؤقتة .

ومهما تعددت التعاريف القانونية فإنها لا تخرج عن التعريف التالي :

" إحتمال أن يصبح الفرد فاعلاً لجريمة " :

ويمثل هذا التعريف الحد المشترك بين جميع التعاريف التى قال بها رجال القانون ، ولا تختلف فيما بينها إختلافات بسيطة ، مرجعها ، الإختلاف حول مفهوم الإحتمال ومدى كثافته أو جديته [١٦] .

وسوف نعرض فيما يلى لأهم هذه التعريفات مميزين بين وجهة نظر الفقه المصرى بصدد تعريف الخطورة الإجرامية .

الفرع الأول
الفقه المقارن
أولاً : تعريف جاروفالو

عـرف جاروفالـو الخطـورة الإجرامية بأنها هى التى تبين ما يبدو على المجرم من فساد دائم فعال ، وتحدد كمية الشر التى يجب أن يتوقـع صدورها عنه ، أو هى بعبـارة أخـرى أهليته الجنائية .

ولم يلبث جاروفالو أن شعر بأن فكرتـه عـن الخطـورة الإجرامية بالغة التقييد والسلبية ، فأراد أن يوسـع من نطاقهـا ويجعلها أصـدق دلالـة ، فقال بأنه لتقدير الخطورة يجب أن تراعى مـدى قابليـة المجـرم للتجاوب مع المجتمع مما يتعين معه لتحديد مدى توافرها البحث فى إمكان تجاوب المجرم الإجتماعى [(١٧)] .

مما تقدم يتضح أن الخطورة الإجراميـة فى نظر جاروفالو ـ لا تتوقف على الأهلية الجنائية فحسب ، وإنما تقوم أيضاً على مدى إمكان تجاوب المجرم مع المجتمع .

وقد لاحظ الأستاذ ؟ بيناتل لا يشترط التلازم الدائم بين التغير فى العنصرين المذكورين ، فقال بأن هناك أشخاصاً لديهم قدر كبير من الأهلية الجنائية ويتمتعون فى الوقت ذاته بقدرة كافية على التجارب الاجتماعى ، وقد يوجد أشخاص لديهم قدرٌ ضئيل من الأهلية الجنائية مع قدر آخر ضئيل من إمكان التجاوب الإجتماعى كما قد يوجد أشخاص لديهم هذا القدر الضئيـل من الأهلية الجنائيـة إلا أنه يتوافر لديهم قدر كاف من إمكان التجاوب الإجتماعى .

وأخيراً فإنه قد يوجد نوع من الأشخاص لديهم قدر كبير من الأهلية الجنائية مع قدر ضعيف من القدرة على التجاوب الإجتماعي ، وهكذا يبدو أن كـلاً مـن عنصـرى الخطـورة الإجراميـة يسـير فى مجـال مستقل عن الآخر [(١٨)] .

ثانيا : تعريف جريسبينى

عرف الأستاذ / جريسبينى الخطورة الإجرامية بأنها أهلية الشخص فى أن يصبح ـ على جانب من الإحتمال ـ مرتكباً للجريمـة ، وأنـه من الناحيـة النفسية تتمثل هذه الخطورة فى حالـة الشـخص ، وصـفته ، وظروفه الطبيعية فى أن يصبح مرتكبا للجريمة ، ومن الوجهة القانونية ، تتمثل فى حالة غير قانونية تتوافر لدى الشخص فيترتب عليها قانوناً توقيع جزاء جنائى .

ونلاحظ على التعريف المتقدم أمرين :

١ ـ أن جريسبينى اعتد فى تعريف الخطورة الإجرامية بما يتوافر فى الشخص من حالة نفسية تدفعه الى العود نحو إرتكاب الجريمة .

٢ ـ أنه ربط بين الخطورة الإجرامية ـ فى نظر القانون وبين الجزاء الجنائى ، فجعلها صفة شخصية تلحق بصاحبها وتعرضه من الوجهة القانونية للجزاء الجنائى .

ثالثا : تعريف دى أسوا (DEAJUA)

يعرف الاستاذ/ دى أسوا ، الخطورة الاجرامية بأنها :

الإحتمال الأكثر وضوحاً فى فى أن يصبح الشخص مرتكباً للجرائم ، أو أن يعود الى إرتكاب جرائم جديدة (١٩)

رابعا : تعريف مؤتمر علم الإجرام :

صاغ الأستاذان / جريسيونى ودى أسوا ، تعريفاً للمؤتمر الذى عقد فى باريس سنة ١٩٥٠ على الوجه الآتى : « تقوم حالة الخطورة الإجرمية لدى شخص متى كان من المحتمل أن يقدم مباشرة على عمل غير إجتماعى » .

والجديد فى هذا التعريف هو إضافة كلمة «مباشرة» ، ولكن يبقى تحديد معنى إحتمال العود الى الجريمة (٢٠)

خامسا : تعريف فيين (VIENNE)

يرى الأستاذ / فيين أنه « من الصعب التوصل الى ضابط محدد تحديداً كافياً لحالة الخطورة ، ومن المؤكد أنه لا العلم ولا فن الإجرام سيصلان أبداً الى نتائج حاسمة فى هذا السبيل » [٢١] .

الفرع الثانى

الفقه المصرى

اولا : تعريف الاستاذ / الدكتور محمد نجيب حسنى :

الخطورة الإجرامية : هى إحتمال إرتكاب المجرم جريمة تالية » [٢٢] .

من الملاحظ أن الدكتورة / فوزية عبد الستار تؤيد هذا التعريف ، حينما عرفت الخطورة الإجرامية بأنها : إحتمال عودة المجرم إلى إرتكاب الجريمة مرة أخرى [٢٣] .

ثانيا : تعريف الاستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى :

لا يمكن وضع ضابط لتعريف الخطورة الاجرامية ، فهى عبارة مطاطة ، أريد بها النيل من حرية المتهم [٢٤] .

وجدير بالذكر ، أنه يلاحظ تأييد الأستاذ الدكتور / محمود لتعريف الأستاذ / فيين للخطورة الإجرامية .

ثالثا : تعريف الاستاذ الدكتور / احمد فتحى سرور :

هى « حالة تتوافر لدى الشخص تفيد أن لديه إحتمال واضح نحو إرتكاب الجريمة ، أو العود الى إرتكابها » [٢٥] .

رابعا : تعريف الاستاذ الدكتور / رؤوف عبيد :

هى حالة نفسية ، يحتمل من جانب صاحبها أن يكون مصدراً لجريمة مستقبلة ، كما عبرت عن ذلك المادة ١٣٣ عقوبات أيطالى[٢٦] .

وقد أيد الدكتور / رمسيس بهنام هذا التعريف ـ متأثراً بالقانون الإيطالى ـ فعرفها بأنها حالة نفسية يحتمل من جانب صاحبها أن يكون مصدراً لجريمة مستقبلة [٢٧] .

المطلب الثالث

التعريف التشريعى للخطورة الإجرامية

تمهيـــد :

خلصنا من استقراء المبادئ الملازمة لفكرة الخطورة الإجرامية الى إختلاف دور الخطورة

الإجرامية فى المدرسة الوضعية عنه فى مذهب الدفاع الإجتماعى الجديد ، مما أدى الى إتخاذ فقه المدرسة الوضعية للخطورة الإجرامية كأساس لكل تنظيم القانون الجنائى ، إذ لا مسئولية دون خطورة . ومن ثم فلا مجال للتمييز فى نطاق هذا التنظيم بين مجرم خطر وآخر غير خطر ، لأن الفرض هو توافر الخطورة فى كل من يخضع لهذا التنظيم .

وقد أدت هذه الفكرة الى الأخذ بمبدأ لا عقوبة ولا تدبير أحترازى دون خطورة إجرامية .

بناء على ذلك ، حرصت الكثير من الدول على تضمين تشريعاتها فكرة الخطورة الإجرامية حتى تتوائم هذه الجماعات الدولية تشريعياً مع الفكر الجنائى المقارن الذى يتخذ من الخطورة الإجرامية أساس لتنظيمه القانونى الجنائى .

وقد إتجهت التشريعات التى أخذت بفكرة الخطورة الإجرامية إتجاهين : إتجاه موضوعى قانونى ، وإتجاه شخصى إجرامى .

فيما يلى نتولى عرض مجمل لكلا الإتجاهين ، معززين كل إتجاه بما يمثله من تشريعات .

الفرع الأول

الاتجاه الموضوعى القانونى

يتمثل الإتجاه الموضوعى القانونى فى الإقتصار على تعريف الخطورة الإجرامية تعريفاً موضوعياً عن طريق تحديد شروط تطبيق التدابير الإحترازية التى أعدت لمجابهة هذه الخطورة .

مثال ذلك : القانون الفرنسى بالنسبة إلى نظام الأبعاد [٢٨] .

ولاشك فى أن الإتجاه يضيق من سلطة القاضى التقديرية إلى الحد الذى لا يتيح له تقدير خطورة المجرم إلا فى ضوء المعايير القانونية المجردة المدرجة بشروط تطبيق التدبير .

وغنى عن البيان أن هذا الإتجاه بالرغم من قانونيته المتسمة بالموضوعية ، إلا أن تطبيقه بجوهرياته المطلقة لا يحقق العدالة على نحو ولو نسبى ، حيث أنه لا يجيز للقاضى تقدير الخطورة الإجرامية لشخصية المجرم على ضوء الفحص العلمى ولكن على أساس (شروطاً لتوافر الخطورة الإجرامية) - إن صح - شروط مسبقة لا تتوائم وحقيقة الواقع . ويتأكد ذلك عند سردنا لبعض التشريعات التى تدرج شروطاً لتوافر الخطورة الاجرامية - التى يطبق على أساسها التدبير الإحترازى - لا تمس كبد الحقيقة العلمية ، ولا تنظمها وحدة قانونية ولا تجمعها رابطة واقعية .

ومن ذلك يتضح إستهجاننا لهذا الإتجاه بما فيه من موضوعية ظاهرة وقانونية مجردة .

تلكم هى نبذة مختصرة تفصح لنا أبعاد هذا الإتجاه . والآن نعرض فى شئ من التفصيل لبعض التشريعات العربية والأجنبية التى إتخذت من هذا الإتجاه سبيلاً :

أولاً : القانون الكويتى [٢٩] .

عرف قانون الدفاع الإجتماعى الكويتى الخطورة الإجرامية بأنها إستعداد معين ، مرضى أو تكوينى أو مكتسب بالعادة ، يقضى على وسائل المقاومة لدى الشخص ، ويقوى مالديه عن ميل نحو الإجرام .

ويلاحظ أن هذا التعريف قد عنى ببيان أسباب الخطورة الإجرامية الداخلية والخارجية .

ثانياً: القانون الليبى :

عرفت المادة ١٣٥ / عقوبات ليبى الخطورة الإجرامية بنصها على « أن الشخص الخطر هو من يرتكب فعلاً يعده القانون جريمة ، ويحتمل نظراً للظروف المبينة فى المادة ٢٨ ع ، أن يرتكب أفعالاً أخرى يعدها القانون جرائم وان لم يكن مسئولاً أو معاقباً جنائياً " .

والظروف المبينة فى المادة ٢٨ عقوبات هى :

١ ـ طبيعة الفعل ونوعه والوسائل التى أستعملت لإرتكابه وغايته ومكان وقوعه ووقته وسائر الظروف المتعلقه به .

٢ ـ جسامة الضرر أو الخطر الناتج عن الفعل .

٣ ـ مدى القصد الجنائى سواء كان عمدياً أم غير عمدى .

٤ ـ دوافع إرتكاب الجريمة وخلق المجرم .

٥ ـ سلوك المجرم وقت إرتكاب الجريمة وبعده .

٦ ـ ظروف حياة المجرم الشخصية والعائلية والإجتماعية.

نخلص مما تقدم أن المشروع الليبى إعتد بهذه الدلائل ـ المبينة فى المادة ٢٨ ع ـ وجعلها شرطاً لتوافر الخطورة الإجرامية إلى جانب كون الشخص قد إرتكب فعلاً يعده القانون جريمة ، سواء كان مرتكبه مسئولاً جنائياً أو غير مسئول ، وسواء توافر لديه مانع عقاب أم لا .

وجدير بالذكر ، أنه لا يشترط أن تتوافر جميع هذه الظروف ـ المبينة فى المادة ٢٨ عقوبات ـ للدلالة على احتمال اقدام الجانى على إرتكاب جرائم فى المستقبل ، بل يستطيع القاضى إستخلاص وجود هذا الإحتمال لمجرد توافر بعض هذه العوامل أو واحد منها فقط ، على أنه يتعين فى الإستناد على أى (نوع) صح من هذه العوامل أن يكون قائماً على وقائع فعلية ومحددة (٣٠)

ثالثاً: القانون العراقى :

نص القانون العراقى رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ فى المادة ١٠٣ عقوبات ـ وهى تقابل المادة ٥٦ من مشروع قانون العقوبات فى مصر لسنة ١٩٦٦ ـ على أنه «ـ لا يجوز أن يوقع تدبير فى حق شخصى دون أن يكون قد ثبت ارتكابه فعلاً يعده القانون جريمة ، وأن حالته تعتبر خطرة على سلامة المجتمع ، وتعتبر حالة المجرم خطرة على سلامة المجتمع إذا تبين من أحواله وماضيه وسلوكه ومن ظروف الجريمة وبراعتها أن هناك إحتمالاً جدياً لإقدامه على اقتراف جريمة أخرى . (٣١) ، (٣٢)

ملاحظــة :

تبين من النصين السابقين للقانونين الليبى والعراقى ـ أنهما ترديداً لما نص عليه المشرع الإيطالى فى مادته رقم ٢٠٣ ، وبالرغم من تقدم المشرع العراقى فى (نص) صح وصف الإحتمال بالجدية ، إلا أنه ردد مظاهر الخطورة التى نص عليها القانون الليبى فى المادة ٢٨ نقلاً عن المادة ١٣٣ من القانون الإيطالى (٣٣) .

رابعاً: القانون المصرى : (٣٤)

نصت المادة ٧٦ من مشروع قانون العقوبات لعام ١٩٦٦ على أنه « لا يجوز أن يوقع أحد التدابير المنصوص عليها فى هذا الفصل على شخص دون أن يكون قد ثبت إرتكاب جريمة .

وقد إنتقدت هذه المادة من لجنة الجامعات لإغفالها إشتراط أن يكون لدى الجانى خطورة إجرامية تستلزم النطق ضده بالتدبير الإحترازى .

وقد إقترحت اللجنة إضافة فقرة ثانية الى المادة ٧٦ نصها كما يلى : « ولا يجوز توقيع تدبير منها إلا إذا ثبت أن الجانى على حالة تعتبر خطرة على سلامة المجتمع ، ويعتبر الجانى كذلك ، إذا تبين من ظروف الجريمة وبواعثها ومن أحواله وماضيه وأخلاقه أن هناك إحتمالاً جدياً لإقدامه على إقتراف جريمة جديدة ولا يسرى هذا الحكم إذا كان وجود الجانى فى تلك الحالة مفترضاً بنص القانون » .

ويلاحظ أن المادة ٥٧ من المشروع قد تكلمت عن الخطورة الإجرامية) صح الإجتماعية بنصها على أنه « يعد الشخص ذا خطورة إجتماعية فى الحالتين الآتيتين :ـ

١ ـ أن يكون مصاباً بجنون أو بإختلال أو بضعف عقلى أو نفسى جسيم ، وأثبتت الملاحظة وفقاً للإجراءات المبينة فى القانون أنه فاقد تماماً المقدرة على التحكم فى تصرفاته ، بحيث يخشى منه على سلامته شخصياً أو على سلامة الغير ، وفى هذه الحالة يودع المصاب مأوى علاجياً وفقاً للأوضاع التى يعينها القانون .

٢ ـ أن يكون متشرداً أو مشتبهاً فيه أو ذا سلوك منحرف وفقاً للشروط والأوضاع التى يحددها القانون ، ويشترط أن تنبئ حالته عن خطورة على أمن المجتمع أو النظام العام أو الآداب . ويحكم القاضى فى هذه الحالة أما بإيداع الشخص إحدى مؤسسات العمل وإما بوضعه تحت المراقبة وإما بإلزامه بالإقامة فى الموطن الأصلى .

نصت المادة ١٠٦ من المشروع الموحد على أنه لا يجوز ان يوقع تدبير من التدابير الإحترازية التى نص عليها القانون فى حق شخصى دون أن يكون قد ثبت إرتكابه عملاً يعده القانون جريمة ، وأن حالته تعتبر خطرة على سلامة المجتمع ، وتعتبر حالة الفاعل خطرة على سلامة المجتمع إذا تبين من ظروف الجريمة وبواعثها ، ومن أحوال الفاعل وماضيه ، ومن ظروف الجريمة ، أن هناك إحتمالاً جدياً لإقدامه على إقتراف جريمة حديثه .

أى أن هذه المادة تتضمن معنى الخطورة والعناصر التى يتسنى للقاضى أن يتبين وجود هذا المعنى وسنده .

الفرع الثانى

الاتجاه الشخصى الإجرامى

على عكس الإتجاه الموضوعى القانونى ، لايعتمد الإتجاه للجريمة مطلقاً على مجرد المعيار القانونى فى تعريف الخطورة ، بل يفترض عدم تطبيق شروط قانونية مجردة سبق تحديدها على نحو تحكمى ، ويتوقف على تقدير شخصية المجرم على ضوء الشخص العلمى، فوفقاً للنظم التى أخذت بهذا الإتجاه ، يجب على القاضى البحث فيما إذا كان المجرم يعتبر شخصاً خطراً أم لا ، فإذا قرر ذلك ، أجيز له توقيع التدبير الإحترازى . مثال ذلك القانون الإيطالى سنة ١٩٣٠ والقانون البرازيلى سنة ١٩٤٠ .

وليس من المفروض أن هذا الإتجاه يقتضى التوسع فى السلطة

التقديرية للقاضي وأن يضع قانون العقوبات بعض الإرشادات إلى القاضي المكلف بتحديد الخطورة الإجرامية ، كما نص على ذلك قانون العقوبات الإيطالي في المادة ١٣٣ منه (٣٥)

وقبل أن نعرض لتحليل بعض الأمثلة التشريعية المتخذة هذا الإتجاه سبيلاً لتقدير مدى خطورة المجرم إجتماعياً ـ حتى يتسنى تطبيق التدبير على نحو يناسب خطورته ـ يجدر بنا أن نبين أن هذا الإتجاه بالرغم من نقد الفقه له على أساس توسعه لسلطة القاضي التقديرية بلا حدود ، إلا أنه يتوائم والواقع حتماً ذلك أن القاضي وهو يحدد تقدير الخطورة الإجرامية لشخصية المجرم لا يصطدم بالشروط القانونية المجردة التي يسايرها الإتجاه الموضوعي القانوني ، ولكنه يستطيع الإعتماد على الدراسات والفحوص العلمية التي تساعده على إكتشاف خطورة المجرم إجرامياً .

بل أكثر من ذلك فهو يستطيع وفقاً لواقع (الحقيقة) تحديد الخطورة الإجرامية بعيداً عن الشروط المجردة الغير متوائمة مع الواقع .

ولا يخفى ما في هذا الإتجاه من إهدار للعدالة إذا ما أعطى الحق في تقدير خطورة المجرم لغير أصحابه الجديرين به علمياً . لذلك فإنه يجب على الدول المتخذة هذا الإتجاه سبيلاً أن تضمن تشريعاتها نصوصاً تقضي بعدم أحقية القاضي في إعتبار المتهم خطراً إجرامياً إلا بناء على رأى خبير متخصص . وخير ما يبين لنا هذا الإتجاه هو بعض الأمثلة التشريعية التي إتخذت منه منهاجاً :

اولا : القانون الأيطالي : (٣٦)

نصت المادة ١٣٣ من القانون العقوبات الإيطالي سنة ١٩٣٠ على أن : القاضي عند ممارسة سلطته التقديرية لتوقيع العقوبة ، يجب أن يراعي ميل المجرم نحو إرتكاب الجرائم .

ونصت المادة ٢٠٣ من هذا القانون ، في باب التدابير الإحترازية ، على أنه يعد خطراً من الناحية الإجتماعية كل شخص ـ ولو لم يكن مسئولا جنائياً أو يجوز عقابه ـ أرتكب فعلاً مما نص عليه في المادة السابقة ـ بشأن ما يجوز توقيع التدبير الإحترازي عنه ـ إذا كان من المحتمل أنه سوف يرتكب في المستقبل أفعالاً يجرمها القانون .

ويبين من هاتين المادتين أن الخطورة الإجرامية ـ في نظر القانون الإيطالي ـ هي حالة تنبئ عما لدى الشخص من ميل إجرامي ، أو إحتمال في إرتكاب الجريمة .

ثانيا : القانون البرازيلي : (٣٧)

عرف قانون العقوبات البرازيلي الصادر بالمرسوم بقانون ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٠، والنافذ في أول يناير سنة ١٩٤٢ الخطورة الاجرامية بأنها : حالة تتوافر لدى الشخص الذي تسمح شخصيته وماضيه وبواعثه وظروف الجريمة ، باحتمال أن يرتكب مستقبلاً جريمة جديدة .

ويلاحظ من هذا التعريف أنه لا يتسع لفكرة الخطورة قبل الجريمة ، نظراً الى أنه يفترض إنطباقه على شخص سبق له إرتكاب الجريمة .

ثالثا: قانون أو رجواى : [٣٨]

عرف قانون أرجواى لسنة ١٩٤١ الخطورة الإجرامية بأنها حالة تتوافر لدى الشخص فتكون سلوكه وحالته النفسية والخلقية ، السابقة أو الحالية ، وتفيد خطره إجتماعياً .

وهذا التعريف غامض قاصر ، إذ لا يكفل فى ذاته معنى الخطر الإجتماعى الذى تنبئ عنه حالة الشخص .

رابعا: القانون الأسبانى : [٣٩]

عرفت المادة ٧١ من قانون العقوبات الأسبانى ـ الصادر سنة ١٩٢٨ ـ الخطورة الإجرامية بأنها « حالة خاصة لإستعداد الشخص ، ينجم عنها إحتمال إرتكاب الجريمة » .

المبحث الثانى

عناصر الخطورة الإجرامية

تمهيد :

بينا فيما سبق أن الخطورة الإجرامية هى « إحتمال أن يصبح الفرد فاعلاً لجريمة » ، وهذا يفترض وجود أسباب للجريمة ، سواء داخلية ـ جسمانية أو عقلية أو نفسية ـ تتعلق بذات المجرم ، أم كانت أسباب خارجية - إجتماعية ، أقتصادية - ترجع الى البيئة والوسط المحيط بالمجرم . ويقوم الإحتمال على فحص هذه الأسباب التى وجدت لدى المجرم والتساؤل عما إذا كانت ستؤدى الى إرتكاب جريمة تالية ،

مما تقدم يتضح أن الخطورة الإجرامية تقوم على عنصرين هما :ـ

١- الإحتمال .

٢ـ الجريمة التالية ، فإذا توافرا كناحيال خطورة إجرامية لدى المجرم .

لذلك سنفرد ـ فيما يلى ـ مطلبين نتناول فى أولهما : ـ مدلول الإحتمال ـ كعنصر أول تقوم عليه الخطورة الإجرامية ـ ثم الجريمة ـ ثم الجريمة التالية ـ كعنصر ثانٍ ـ فى المطلب التالى .

المطلب الأول

مدلول الاحتمال

يتمثل جوهر الخطورة الإجرامية فى إحتمال إرتكاب الشخص فى المستقبل جريمة ما. فلا يكفى إذن مجرد الشر الذى تنظر به حالته أو السلوك غير الإجتماعى الذى يهدد به طالما لم يصل الى مرتبة الجريمة . ونحن نفضل الرجوع الى المعايير القانونية لتحديد معنى الجريمة المحتملة على ضوء حالة الشخص وبذلك نعتمد على مقياس موضوعى فى تحديد معنى الجريمة التى تنسب اليها الخطورة ، ونقطع دابر كل تقدير شخصى فى هذا المعنى . ولا شك أن الرجوع الى هذا المقياس الموضوعى هو نقطة بداية هامة إذا أردنا حقاً الإستفادة من نظرية الخطورة الإجرامية فى كل من ميدان القانون وعلم الإجرام [٤٠]

ويؤيد هذا النظر الأستاذ / محمود محمود مصطفى فيقول أن فكرة الخطورة الإجرامية تبنى على مجرد الإحتمال وهذا كاف وحده للقول بتعارضها مع الثبات القانونى الذى يتميز به قانون العقوبات ، وسواء بنى الإحتمال على حسابات أنثروبولوجية وإجتماعية ونفسية أو كان القانون يفترضه [٤١].

لذلك يجب أن نضع ضابطاً للإحتمال ـ يقاس عليه وفقاً للمعايير القانونية التى على ضوئها ينتفى التعارض بين الإحتمال ـ كمدلول للخطورة ـ والثبات القانونى لقواعد قانون العقوبات وحتى يتضح المدلول الحقيقى للإحتمال يجب أن نميز بينه وبين الحتمية والإمكان .

التفرقة بين الحتمية والإحتمال والإمكان :

يحتل الإحتمال المنزلة الوسطى بين الحتمية والإمكان ، وهو وحده الذى يصلح تعريفاً للخطورة الإجرامية ، وأهم ما يثيره التفرقة بين الحقيقة والإحتمال والإمكان هو تحديد ما إذا كان الفارق بينهم كيفياً أم هو مجرد فارق كمى [٤٢] .

فالإحتمال : يعنى غلبة توقع أن تؤدى العوامل الإجرامية الى حدوث النتيجة (وهى إرتكاب الجريمة المستقبل) .

أما الحتمية : فتفيد تأكيد توقع حدوث النتيجة كأثر لهذه العوامل .

بينما الإمكان : يعنى قلة توقع أن تؤدى العوامل الموجودة الى حدوث النتيجة [٤٣] .

مما تقدم يتضح أن الفارق بين الحتمية والإحتمال من ناحية ، والإمكان والاحتمال من ناحية أخرى ، هو فارق كمي يتوقف على كمية توقع حدوث النتيجة (وقوع الجريمة مستقبلاً) : كأثر لهذه العوامل الإجرامية . ففى الحقيقة تزيد درجة التوقع الى حد التأكيد ، بينما فى « الإمكان » فتقل درجة التوقع بحيث تندر بعكس الإحتمال الذى يغلب فى درجة التوقع اللازمة لوقوع الجريمة مستقبلاً بسبب العوامل الإجرامية . فإذا إبتنينا الحتمية كمعيار للخطورة الإجرامية فسيؤدى ذلك الى ندرة إتخاذ التدبيرات الإحترازية ، أما إذا ابتنينا توافر الخطورة الإجرامية على مجرد الإمكان فيستتبع ذلك تطبيق التدابير الإحترازية تجاه معظم المجرمين فى حين أننا إذا إتخذنا من الإحتمال ضابطاً للخطورة الإجرامية ومناطاً لها فإننا نكون قد أعتمدنا على مقياس موضوعى للخطورة الإجرامية يتخدد عن طريق إتجاهات السياسة الجنائية للتشريعات العقابية بصدد تطبيق التدبير الإحترازى ، ومدى عدالة التنظيم الجنائى الذى يتخذ من الإحتمال ضابطاً لتوقيع التدبير الأحترازى .

وتبين أهمية الإحتمال إذا علمنا أن الخطورة الإجرامية تتدرج فى الشدة حسب درجة هذا الإحتمال [٤٤]

المطلب الثانى

الجريمة التالية

لا شك عندنا أن الخطورة الإجرامية هى التى تبين ما لدى صاحبها من إحتمال نحو إرتكاب الجريمة أو العود الى إرتكابها . [٤٥] .

فقد اشارت التعاريف السابقة الفقهية والتشريعية ـ التى أوردناها ـ الى كون موضوع الإحتمال هو إرتكاب جريمة ، ولكن شابها القصور عندما أغفلت تحديد نوع الجريمة أو جسامتها أو زمنها .

والجريمة التالية التى تقوم الخطورة الاجرامية باحتمال الأقدام عليها هى بطبيعتها غير معينة ويعنى ذلك أن هذه

الخطورة تقوم اذا كان محتملاً اقدام المجرم على سلوك إجرامى أياً كان ، تقوم به جريمة من الجرائم ، ومن ثم لم يكن من عناصر الخطورة إحتمال إقدام المجرم على جريمة معينة بالذات ، ويستتبع ذلك أنه لا محل لاشتراط جسامة معينة فى الجريمة التالية ، ولا محل كذلك للقول بأنه يشترط أن يكون اقدامه عليها متوقعاً فى خلال وقت معين من تاريخ إرتكابه الجريمة الأولى .

ويفسر ذلك أن وظيفة التدبير الإحترازى ليست وقاية المجتمع من جريمة معينة بالذات ، ولكنها وقايته خطورة الإجرام بصفة عامة ومن ثم ساغ أن توضع الجرائم جميعاً موضع المساواة فى تقدير هذا العنصر من عنصرى الخطورة الإجرامية.

ويكشف ذلك عن الوجه الحقيقى للخطورة الإجرامية : فهى إحتمال منصرف الى المجرم بإعتبار أنه سوف يرتكب جرائم جديدة أكثر منها إحتمال منصرف الى هذه الجرائم ذاتها . ويعنى ذلك أن موطن الخطورة هو شخص المجرم وليس واقعه أو وقائع مادية معينة .

فينبغى التمييز بين الجريمة السابقة التى صدرت عن المجرم والجريمة التالية التى يحتمل إقدامه عليها فالأولى قرينة على الخطورة ، ويستمد القاضى منها ومن ظروفها جانباً من الأدلة على الإحتمال الذى تقوم به الخطورة ، ولكن الثانية هى موضوع هذا الإحتمال ، أى هى الموضوع الذى تنصرف اليه الأدلة المستخلصة من الجريمة السابقة . وبين الأثنين بعد ذلك فرق جوهرى .

فالجريمة الأولى معينة باعتبارها قد أرتكبت فعلاً ولكن الثانية ـ كما قدمنا غير معينة [٤٦]

المبحث الثالث

خصائص الخطورة الاجرامية [٤٧]

أولاً

الإعتماد على ظروف واقعية لا مفترضة

يجب أن تكون الخطورة (الإجرامية) حقيقة لا مفترضة . ويعنى ذلك أن الخطورة يجب أن تنبعث من ظروف واقعية ملموسة فعالة ، تدل عليها أمارات واضحة . ولذا فإنه لا يكفى مطلقاً للقول بتوافر الخطورة الإستناد إلى مجرد الإفتراضات . فمثلاً إذا قيل بأنه شخصاً ما لديه الإمكانيات اللازمة لكى يتمتع بحياة حسنة إلا أن لديه ميلاً إلى التفريط فيما لديه من موارد الحياة ، وأنه فى المستقبل عندما تذهب عنه الإمكانيات قد يصبح متشرداً أو سارقاً مما يجعله خطراً على المجتمع . لا يجوز فى هذا المثال القول بتوافر الخطورة الإجرامية لدى هذا الشخص لأنها مبنية على مجرد إفتراضات وتكهنات ولا تؤسس على حالته الواقعية الملموسة .

ثانياً

تجسيد الخطورة فى أمارات مادية

يجب أن تكون الخطورة مجسدة فى أمارات مادية تدل عليها وتنبئ عما ينبعث منها فلا يكفى لذلك مجرد الأمارات المجردة ، ومفاد ذلك أن ما يدل

على الخطورة يجب أن يتمثل فى أفعال معينة ملحوظة فى العالم الخارجى أو وقائع مقررة أو معلومات لا تقبل المناقشة . فلا يمكن أن تنبئ على مجرد أفكار مجردة ولو كانت غير مطابقــة للروح الإجتماعيــة السائدة .

وقد ذهب البعض بناء على ذلك إلى إستبعاد الجرائم السياسية من نطاق ما تهدد بـه الخطـورة الإجراميــة ، ونحـن لا نؤيد هذه النتيجة ، ذلك لأن الجريمة السياسية لا تقوم على مجرد إعتناق فكرة سياسية غير مشروعة وإنما تؤسس على إرتكاب فعل مادى له مظهر فى العالم الخارجى ويهدد بخطورة معينة .

وفى الوقت ذاته لا يجوز أن يستدل على مجرد إعتناق أحد الأشخاص للأفكار السياسية غير المشروعة أن لديه خطورة إجرامية نحو الجرائم السياسية لأن طبيعة الخطورة تفترض الإستدلال عليها من أفعال مادية ملموسة .

ثالثـاً

ان تكون الخطورة حاضرة

يجب أن تكون الخطورة الاجرامية حاضرة ، فلا تكفى مجرد الخطورة السابقة أو المستقبلة . وإستبعاد الخطورة السابقة أمر مفهوم ، بالنظر الى أنه لا أثر لها فى مجال الإجرام الحالى ، ولا حاجة للتدخل ضد حالة مضت وبالنسبة الى الخطورة المستقبلة ، وهى التى تدل عليها ما يحتمل توافره من أهلية جنائية لدى الشخص ، فأنه لا أهمية كذلك فى بحث الخطورة الإجرامية لأن هذا البحث يفترض توافر أسبابها وتحقق الأهلية الجنائية لدى صاحبها فليس الأمر المحتمل توافره عند الشخص هو أهليته الجنائية . بل أن الغرض هو توافر هذه الأهلية فعلاً ، أما الإحتمال فينصرف إلى الأفعال الإجرامية المستقبلة التى تصدر عن حالته الحاضرة الحقيقية . وبعبــارة أخــرى ، فلا يكفى لتوافر الخطورة الإجرامية لدى الشخص ما أن يقال بأنه كانت لديه أهلية جنائية فيما مضى ، أو يحتمل أن تتوافر لديه أهلية جنائية ترشحه للإجرام ، لأن الأمر الأول يتعلق بخطورة سابقة ، والأمر الثانى يتعلق بخطورة مستقبلة : وقد سبق أن بينا أن الخطورة يجب أن تكون حقيقية ، مما يحتم أن تكون كذلك خطورة حاضرة .

وقد ثار البحث عما اذا كانت فكرة الخطورة الاجرامية تقتضى تحديد الوقت الزمنى الذى يجب أن يمضى بين اللحظة التى تتوافر فيها الخطورة ولحظة إرتكاب الفعل المحتمل وقوعه .

وأنكر البعض الفائدة العملية لهذا الشرط وقال بأنه يكفى أن يكون الإحتمال جدياً ، وذهب البعض الآخر الى أنه لا يشترط فى الخطورة أن تكون حالة ، بناء على أن مجرد الإحتمال يكفى لتوافر الخطورة بجميع نتائجها القانونية ، دون حاجة الى إشتراط أن يكون هذا الإحتمال قريباً .

وعندنا أنه لا تناقض بين القول بالخطورة الحالة والأكتفاء بمجرد الإحتمال بوقوع الجريمة . فالخطورة الحالة أمر لابد منه ،

لأنها وجدها هى التى تقتضى تدخل المشرع . وقد سبق أن بينا فيما تقدم ضرورة إستبعاد الخطورة المستقبلة من هذا المجال .

وتعتبر الخطورة حالة طالما كانت تنذر بوقوع الجريمة مستقبلاً مهما كان الوقت الذى ينتظر فواته قبل إرتكابها ، لأن الأثر المباشر للحالة النفسية الخطرة التى تمر بالشخص هو مجرد الإحتمال بارتكاب الجريمة ، أما تاريخ وقوع الجريمة مستقبلاً فهو أمر لا يدخل فى فكرة الخطورة ذاتها .

ولذا فنحن لا نعتبر الخطورة الحالة خصيصة مستقلة من خصائص الخطورة الاجرامية .

رابعا

نسبة الخطورة الاجرامية

تنطوى الخطورة الإجرامية بحسب طبيعتها على تهديد للنظام الإجتماعى ، بإعتبارها حالة تعرض الشخص لإرتكاب أفعال يجرمها القانون .

ويقتضى هذا الفرض أن الخطورة الإجرامية تعد فكرة نسبية بالنسبة الى كل نظام إجتماعى . فهى بذلك تتوقف على الحالة الإجتماعية السائدة فى لحظة توافرها ووفقا للعلاقات الفردية بين الأشخاص ، وما يتمتعون به من مساعدات علاجية .

فبالنسبة الى الحالة الإجتماعية ، نجد أن تجريم الافعال الإجتماعية وتفاوت العقوبات المقررة لها يتوقف على نظرة المجتمع بواسطة المشرع الى مدى توافق هذه الأفعال مع النظام الإجتماعى .

ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة الى الجرائم الاقتصادية التى تتوقف ـ سواء بالنسبة الى مبدأ التجريم أو بالنسبة الى قدر العقاب ـ على الظروف الاقتصادية ، فالتاجر الذى يمتنع عن بيع سلعة معينة قد لا يعتبر خطراً على المجتمع فى ظروف معينة وقد تتوافر فيه الخطورة فى ظروف أخرى .

كما أن الإحتكار والإستغلال لا يعد خطراً إجتماعياً فى مجتمع رأس مالى ، بقدر ما يعد خطراً أجتماعيا كبيراً فى مجتمع اشتراكى . والإجهاض فى مجتمعات معينة لا يمثل خطراً إجتماعياً بقدر ما يمثل هذا الخطر فى مجتمع آخر .

وبالنسبة الى العلاقات الفردية بين الأشخاص ، نجد ذلك واضحاً فى أثنين من الأشخاص أصيبا بمرض عقلى على درجة واحدة من الجسامة الا أن أحدهما يبدو عليه أنه لن يرتكب مستقبلاً أى سلوك غير إجتماعى ، بخلاف الآخر الذى يبدو من حالته إحتمال واضح نحو الإقدام على إرتكاب جريمة .

ويتحليل وضع هذا الأخير تبين أنه وقع فى براثن مجموعة من الناس نجحوا فى إغوائه واستخدامه كأداة للإجرام .

ويبين من ذلك أن خطورة هذا الأخير قد توقفت على ما قامت بينه وبين بعض من صادفهم من الأشخاص من علاقات معينة .

ليس هذا فحسب ، بل أن توافر الخطورة تتوقف أيضا على مدى ما قد تلجأ اليه بعض الدول من التدابير الإحترازية نحو الشواذ من الناس أو من ترشحه الظروف إلى الخطورة

مستقبلاً ، والتى تتمثل فى المساعدات الطبية العقلية والإجتماعية لمعالجة حالتهم وعلى نحو لا يؤدى الى التهديد بإرتكاب الجريمة ، أى عدم نشوء الخطورة الإجرامية لديهم .

والخلاصة أن الخطورة الإجرامية فكرة نسبية تعتمد على الحالة الإجتماعية السائدة والعلاقات بين الناس ، وما تتخذه الدول من تدابير إحترازية

وفى هذا المعنى قرر المؤتمر الدولى الثانى لعلم الإجرام المنعقد فى باريس سنة ١٩٥٠ أن الخطورة الإجرامية تعد أساساً فكرة نسبية للنظام الإجتماعى ، وتقدر وفقاً للحالة الإجتماعية السائدة والعلاقات بين الأشخاص وإحتمالات المساعدات الإجتماعية والطبية العقلية التى توجه عليهم .

خامسا

الخطورة حالة غير إرادية

تبينا من تعريف الخطورة الإجرامية أنها حالة تمر بالشخص . وتتميز هذه الحالة بأنها غير إرادية بمعنى أن توافرها لا يتوقف على إرادة صاحبها .

ويبدو ذلك واضحاً فيما يتعلق بمصادرها غير الإرادية كالمرض العقلى ، وكذا بالنسبة الى الأحوال الأخرى ، حيث تتوافر الخطورة نتيجة لتفاعل بعض العوامل الداخلية والخارجية .

إلا أنه يحول دون إعتبارها حالة غير إرادية كذلك أن يكون لصاحبها دخل فى توافرها كما إذا كانت ترجع إلى تناولة الخمر أو تعاطيه المواد المخدرة . ففى هذه الحالة يكون تناول الخمر أو المخمور مجرد محرك أو كاشف لذاتيته الخطرة التى تميل الى الإجرام عند توافر هذا المؤثر الخارجى .

هذا بخلاف السلوك الإجرامى الذى ينبعث من خطورة صاحبه فان القانون لا يعتد به ما لم تتوافر الإرادة الإجرامية فى مباشرته عند من فارقه .

وتتميز الخطورة الإجرامية بأنها حالة غير إرادية يؤكد إنفصالها عن الجريمة التى قد تنجم عنها والتى يجب أن تتمثل فى سلوك إجرامى إرادى .

المبحث الرابع

تتميز الخطورة الإجرامية عما يشتبه بها

تمهيد :

يتعين لإيضاح فكرة الخطورة الإجرامية أن نميز بينها وبين ما استشبه بها من أفكار وهى الخطر والنزعة الإجرامية والمسئولية الجنائية والخطورة الاجتماعية .

وفيما يلى نتناول كل منها على حده فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

الخطورة الاجرامية والخطر

الخطر هو وصفاً يرد على نوع من الجرائم لا يشترط فيه القانون وقوع ضرر فعلى (٤٨) (جرائم الخطر) ، بل يقتصر على مجرد التهديد بالضرر دون حدوثه .

فهو وصف يرد على النتيجة التى تعد عنصراً للركن المادى

للجريمة ، فالخطر يعبر عن خطورة موضوعية تلحق الفعل ، بعكس الخطورة الإجرامية التى تعبر عن خطورة شخصية لأنها وصف يلحق الفاعل .

مما تقدم يتضح الخلاف بين فكرة الخطورة الإجرامية وفكرة الخطر ، وذلك على الرغم من تشابههما فى معنى واحد هو إحتمال ارتكاب جريمة .

المطلب الثانى

الخطورة الإجرامية والنزعة الإجرامية

قدمنا أن الخطورة الإجرامية تقوم على مجرد الإحتمال ، وأن الإمكان لا يصلح معياراً لتحديد مدى توافر الخطورة الإجرامية من عدمه .

وبناء على ذلك يبين الإختلاف بين الخطورة الإجرامية والنزعة الاجرامية ، فبينما تبنى الأولى على الإحتمال فأن الثانية تقوم على الإمكان .

فالخطورة هى حكم بإحتمال بينما النزعة هى حكم بالإمكان [49] فالفارق - كما أسلفنا - بين الإحتمال والإمكان فارق كمى وليس كيفىّ ، وبناء على هذا الإختلاف يتضح التمييز بين الخطورة الإجرامية والنزعة الإجرامية ، فعلى حين يشكل الإحتمال ضابطاً للخطورة التى تعتبر مفترضاً لاتخاذ التدبير الإحترازى فان قيام النزعة الإجرامية على الإمكان يؤيدها كمعيار لإستخدام القاضى لسلطته التقديرية فى تطبيق العقوبة فيما بين الأدنى والأقصى .[50]

وقد رأينا أن الإمكان لا يكفى لترتيب آثار قانونية نظراً لأنه قائم لدى معظم الأفراد ، فضلاً عن أن القانون لايهتم إلا بقدر الإمكان الذى يشكل خطورة بالنسبة للمجتمع وبالتالى يتطلب الإحتمال لترتيب الأثر القانونى [51] .

المطلب الثالث

الخطورة الاجرامية والمسئولية الجنائية

تمهيد :

من أستقراء التعاريف التى اوردناها - سالفاً - للخطورة الإجرامية يبين أن هناك شق مشترك بين تعريفى جاروفالو وجريسبيى للخطورة الإجرامية ، فقد ذكرا ما يفيد أن الخطورة الإجرامية ما هى الا الأهلية الجنائية للشخص التى تؤهله لإرتكاب الجريمة أو العود الى إرتكابها .

ومما لاشك فيه أن التعبير عن الخطورة الإجرامية بالأهلية الجنائية يؤدى الى الخلط بين الخطورة الإجرامية والمسئولية الجنائية ، اذ أن الأهليه الجنائية تعد شرطاً ضرورياً لتوافر المسئولية الجنائية .

على أنه إذا ميزنا بين كل من الخطورة الإجرامية والمسئولية الجنائية يتضح مدى ما تتميز به الخطورة الإجرامية من معنى خاص يختلف عن المسئولية الجنائية .

لذلك فقد أفردنا فروعاً ثلاث نتناول فى أولهم أوجه الخلاف بين الخطورة والمسئولية الجنائية ثم نليه بفرع ثان لبيان كيفية التوفيق بين الفكرتين ، ثم خاتمين ذلك بمقارنة بين الخطورة ونظرية المسئولية المخففة وذلك بعد بيان ماهيتها .

الفرع الأول

الخلاف بين الخطورة والمسئولية الجنائية

أجمل أستاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور - في بحثه المنشور بمجلة القانون والأقتصاد السنة ٣٤ سنة ١٩٦٨ ، ص ٥١٣/٢٣ - أوجه الخلاف بين الخطورة الاجرامية والمسئولية الجنائية في النقاط الثلاث الآتيـة :

أولا : تواجه الخطورة الإجرامية المستقبل ، إذ هي لا تتعلق الا بإحتمال ما قد يصدر عن الشخص من جرائم في المستقبل .

هذا بخلاف المسئولية الجنائية فهي تواجه الماضي ولا تتعلق بجريمة يحتمل صدورها عن الشخص بل بما وقع منه بالفعل.

ثانيا : تكفي الخطورة الإجرامية وحدها لاتخاذ التدابير الإدارية ولو لم تتوافر المسئولية الجنائية ولا يكفي لذلك مجرد توافر الخطورة .

هذا دون إخلال باعتبار الخطورة الإجرامية مناطاً لتقدير صدى ما يقضى به من هذه الجزاءات ، سواء كان من العقوبات أو من التدابير الإحترازية .

ثالثا : تفترض المسئولية الجنائية توافر الإرادة الحرة لدى الشخص ، بخلاف الخطورة الإجرامية فانها قد تتوافر بغض النظر عن توافر هذه الارادة لدى صاحبها .

الفرع الثاني

التوفيق بين الخطورة الإجرامية والمسئولية الجنائية

على الرغم من الإختلاف الجوهري بين فكرتي الخطورة الإجرامية والمسئولية الجنائية ، فإنه لا تعارض بينهما .

فقد تتوافر المسئولية الجنائية والخطورة الإجرامية مما لدى الشخص ، وفي هذه الحالة يجوز الحكم على الجاني بالعقوبة أو بالتدبير الإحترازي الملائم حسب الأحوال . مع ملاحظة أن الخطورة الإجرامية في هذه الحالة يقتصر دورها على أعتبارها مناطاً لمضمون ما سيحكم به القاضي من عقوبة أو تدبير .

هذا بخلاف ما إذا كان توافرت الخطورة الإجرامية وحدها دون المسئولية الجنائية ، فانها قد تعتبر أساساً لاتخاذ التدبير الإحترازي الإداري [٥٢]

لذلك فانه يمكن التوفيق بين الفكرتين على الرغم من التعارض في مجاليها ، فلا يوجد ما يحول دون إعتبار الشخص خطر ومسئول جنائيا فلكل من الفكرتين مجاله المستقل عن الآخر .

الفرع الثالث

الخطورة والمسئولية المخففة

أولاً : نظرية المسئولية المخففة : [٥٣]

ذهبت المدرسة الكلاسيكية الحديثة الى أن دور المسئولية الجنائية لا يقتصر على مجرد إعتبارها أساساً لمبدأ الحكم بالإدانة ، بل أنها تعد أساسا بدأ تفريد العقاب . وقالت بأن سئولية الجنائية تتفاوت الى عدة درجات بقدر نجاح المقاومة في كبت قوى الشر لدى الفرد ، وذلك وفقاً لحالته النفسية ، وخاصة ما ترتبت على حالته

العقلية وصحته ، وأن العقوبة يجب أن تتحدد بقدر هذه الحالة الشخصية . وبعبارة أخرى فان قياس العقوبة يجب أن يتحدد وفقاً لمقياس مسئوليته .

والمسئولية المخففة بسبب ضعف المقاومة تختلف عن الظروف المخففة ، فالأولى ترجع الى حالته الذاتية أو العقلية أو الصحية لا إلى واقعة عارضة .

ويترتب عليها تقييد وإضعاف طاقته الإرادية وقوته فى مقاومة الشر تبعاً لذلك . بينما الثانية ترجع الى مجرد ظروف واقعية عارضة وتترك لمطلق تقدير القاضى .

وقد استلخصت المدرسة الكلاسيكية مما تقدم أن عدم توافر المسئولية الجنائية يعتبر سبباً قانونياً لعدم توقيع العقاب ، وأن نقص المسئولية يجب إعتباره عذراً قانونياً لتخفيف العقاب .

ثانيا : مقارنة بين الخطورة والمسئولية المخففة :

من استعراض ما ذهبت اليه نظرية المسئولية المخففة ـ من أن نقص المسئولية يجب إعتباره عذراً قانونياً لتخفيف العقاب ، بمعنى أن مقدار العقوبة المحكوم بها يجب أن يتحدد وفقاً لقدر المسئولية فتخفف العقوبة تبعاً لمدى ضعف المسئولية ـ يتضح هوة الإختلاف بين المسئولية المخففة والخطورة الإجرامية بالرغم من إحتمال حدوث اللبث لإتحاد كل منهما فى تطبيق نوع مخفف من العقوبة .

وعلة هذا الخطأ هو ظهور فكرة الدفاع الإجتماعى فى ثوبها الجديد التى ترمى الى الدفاع عن المجتمع عن طريق اصلاح المجرم وإعادة تجاوبه إجتماعياً . متى كان ذلك ، وكان ضعف حرية الإختيار ولدى الجانى ، ان دل فانما يدل على خطورته وبقدر زيادة هذا الضعف تزداد الخطورة ، مما يتعين معه لا القول بمعاملته على نحو مخفف وانما باتخاذ تدابير إحترازية ملائمة لصد هذه الخطورة وعلاجها (٥٤) .

المطلب الرابع
الخطورة الإجرامية والخطورة الإجتماعية

يختلف الفقه عموماً بالنسبة لما اذا كانت الخطورة الاجرامية تختلف عن الخطورة الإجتماعية ، أم أن الأثنتين حقيقة واحدة .

فمن الفقهاء من يعتبرها حقيقة واحدة على أساس أن خطر وقوع جريمة ما مستقبلاً لا يعدو أن يكون خطراً إجتماعياً ، ويخلص هذا الإتجاه الى أن الخطورة الجنائية نوع من جنس واحد هو الخطورة الإجتماعية .

ومنهم من يفرق بين النوعين من الخطورة ، وفى سبيل التفرقة بينهما نجد من الفقهاء (أتريكوفرى) من يعول على معيار زمنى فيعتبر الخطورة السابقة على إرتكاب الجريمة خطورة إجتماعية ، بينما تكون الخطورة أجرامية متى كانت تالية على الجريمة . (٥٥)

بينما يعتمد البعض الآخر على معيار قانونى ، يتخذ من غاية الخطورة معياراً مميزاً بين الخطورتين الإجتماعية والإجرامية . مثال ذلك : الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، الذى اعتبر الخطورة إجتماعية إذا كان من المحتمل أن تؤدى الى ضرر إجتماعى ، وتكون الخطورة إجرامية إذا

كانت من المحتمل أن تؤدى الى إرتكاب جريمة مستقبلة [56] .

فى حين إتخذ البعض من المحتمل الذى ترد عليه الخطورة (الشخص ذاته) ـ والخطورة كما أسلفنا تلحق الفاعل ولا تلحق الفعل ـ معياراً للتمييز بين الخطورة التى تستخلص من الشخصية الإجرامية والخطورة الإجتماعية . كالفقيه بناين ، الذى أكد أن الخطورة الإجتماعية هى تلك الخطورة التى تستخلص من شخصية الفرد قبل إرتكابه لأية جريمة ، أما الخطورة الإجرامية فهى التى تستخلص من إرتكاب أو محاولة إرتكاب جريمة [57] .

بعد أن استعرضنا الرأى المؤيد للتمييز بين الخطورة الإجرامية والخطورة الإجتماعية ، والرأى الرافض لهذه التفرقة نود أن نشير الى أن الخطورة لا تختلف فى نوعها ، سواء أكانت قبل ارتكاب الجريمة أو بعدها فالجريمة لا تزيد على أن تكون أمارة تساعد فى الكشف عن الخطورة .

كذلك لا يمكننا أن نفرق بينهما على أساس الضرر المتوقع حدوثه ، وذلك لأن الضرر الجنائى يدخل فى مضمون الضرر الاجتماعى . فنضاق الضرر الإجتماعى أوسع من نطاق الضرر الجنائى ، فإننا فى مجال قانون العقوبات لا يهتم الا بذلك الضرر الإجتماعى المؤدى الى عمل لا إجتماعى ، وأن حدود اللا إجتماعية تتحدد بناء على تحديد الواقعة التى يهتم بها قانون العقوبات ، وهو لا يهتم الا بالأفعال الإجرامية .

ونوافق رأى الدكتور / محمود محمود مصطفى من « أن الوضعين لم يقصدا بالخطورة الإجتماعية المعنى العام لهذه العبارة ، وانما الخطورة الإجرامية بالذات ، أى الخطورة التى يحتمل معها أن يرتكب شخص جريمة ، أما اذا كان يخشى أن يرتكب الشخص فعلاً غير أجتماعى لا يعد جريمة ، فان ذلك يخرج بلا شبهة من مجال العلوم الجنائية » [58] .

المبحث الخامس

العوامل المحددة لدرجة جسامة الخطورة الإجرامية

تمهيد :

تتدرج الخطورة الإجرامية وتتفاوت فى حدتها من حيث مدى بشاعتها ، وقد دأب الفقه على بيان ثلاثة معايير ، مرجحين أحدهم كمعيار يصلح لتقدير مدى جسامة الخطورة الإجرامية . ويختلف هذه المعيار الراجح حسبما اعتبرنا له تأثيره فى حدة الخطورة .

ويضيق المقام هنا عن إيراد كل ملاحظاتنا بشأن هذه المعايير ومدى إعتبار كل منها فى جسامة الخطورة ، ولذلك سنقتصر على تناول هذه المعايير فى إطار موضوعى قريب من التقدير ، خاتمين ذلك ببيان رأينا فى الموضوع .

المعيار الاول : المصلحة المهددة بالضرر :

تتجه الخطورة الإجرامية لأحداث الجريمة التى هى إعتداء على المصالح الفردية أو الإجتماعية التى يحميها

القانون . فالخطورة اذن هى تهديد بالإعتداء على هذه المصالح أى تهديد مصالح الفرد والمجتمع بالضرر ، ومن المنطقى تبعاً لذلك أن تزداد خطورة المجرم جسامة كلما كانت المصلحة المهددة بالضرر ذات أهمية معينة ، وبمقدار درجة التهديد . أى الخطورة الإجرامية وفقاً لهذا المعيار - تتحدد بكمية الأضرار التى من المحتمل أن تصيب المصالح أياً كانت إجتماعية أو فردية .

وهذا يعيد الى الذهن ما ذهب إليه جاروفالو إلى أن درجة الخطورة تتخذ وفقاً لمبلغ الإحتمال نحو العودة الى الإجرام ومدى الخوف من الواقعة الإجرامية ، وهو ما يتوقف على أهمية المصالح التى تهددها هذه الواقعة . وبذا يبين أن جسامة الخطورة فى نظر جاروفالو وفقاً لعاملين هما : جسامة الاحتمال نحو وقوع الضرر ، وجسامة الضرر المحتمل ذاته [٥٩] .

نقد :

لم يسلم هذا المعيار من النقد - من جانب بعض العلماء - ذلك أن تحديد درجة الخطورة أمر يسبق المصلحة التى يحتمل أن يصيبها الضرر ، فقبل أن نقول بأن مصلحة ما - فردية كانت أو اجتماعية - يحتمل أن يصيبها الضرر ، مما يؤدى الى إحتمال وقوع الجريمة اعتداءً على هذه المصلحة ، يجب من الناحية المنطقية أن تؤكد أولاً توافر الخطورة الإجرامية وتحديد درجتها ، أى تحديد درجة الخطر الذى يهدد هذه المصلحة والذى قد يؤدى الى وقوع الجريمة .

فالأهمية الموضوعية للضرر المحتمل لا يمكن أن تعد مقياساً لجسامة الحالة الشخصية التى يجب البحث عنها فى نفسية الجانى ، وأن الأثر المادى الذى يخشى من وقوعه لا يمكن التحقق منه ومعرفته إلا بعد التأكد من سببه وتحديده [٦٠] .

المعيار الثانى : إحتمال ارتكاب جريمة :

لماكان الإحتمال نحو إرتكاب الجريمة أو العودة اليها هو جوهر الخطورة الإجرامية ، فإنه لا مناص من التسليم بأهمية مقدار الإحتمالية فى تحديد مدى جسامة هذه الخطورة والقول تبعاً لذلك بازدياد جسامة الخطورة مع إزدياد درجة الإحتمال وتضاؤلها تبعاً لهذا الاحتمال ، كما أنها فى الوقت ذاته تزيد أو تقل وفقاً لقرب هذا الإحتمال أو بعده .

ولاشك أن تقدير درجة الإحتمال يتوقف مباشرة على أهمية العوامل المنشئة للخطورة وعددها ودوامها فهذه العوامل تحدد وتكيف الحالة النفسية التى تستفاد منها الخطور [٦١] .

المعيار الثالث : العوامل المنشئة للخطورة :

قيل بأن الخطورة الإجرامية تتوقف على مدى أهمية العوامل المنشئة لها وتأثيرها على شخصية المجرم ، فالجريمة إذ تعود إلى عوامل مختلفة تتفاوت من حيث الأهمية ، فإنه من الطبيعى أن تكون درجة جسامة الخطورة مرتبطة بالعامل المنشئ لها بأهميته . وهكذا فالخطورة التى تعود الى عوامل داخلية هى أشد من الخطورة التى تعود إلى عوامل خارجية [٦٢] .

فتدرج الخطورة يتوقف على مدى أهمية العوامل المنشئة لها وتأثيرها فى الشخصية ، وقد سبق للمدرسة الوضعية أن قسمت المجرمين وفقاً لعوامل الإجرام : فالمجرمون بطبيعتهم والمجرمون مختلوا العقل يرجع إجرامهم أولاً الى العوامل الخارجية . بينما المجرمون بالصدفة والمجرمون المعتادون يرجع إجرامهم أولا الى العوامل الخارجية . وقد قيل بأنه كلما كان الإجرام راجعاً إلى العوامل الداخلية أكثر من رجوعه الى العوامل الخارجية ، كانت الخطورة الإجرامية أشد درجة .

وبعبارة أخرى ، فأنه كلما قل تأثير العوامل الخارجية فى التأثيرعلى الشخصية الإجرامية كلما زادت الخطورة المنبعثة منها . ولا يقف الأمر فى معرفة درجة جسامة الخطورة على الرجوع إلى العوامل المنشئة لها ، بل يتوقف أيضاً على مالها من تأثير مؤقت أو دائم على الشخصية الإجرامية [٦٣]

نقـد :

وبدوره فان هذا المعيار لا يصلح للدلالة على جسامة الخطورة ، فاذا كانت الجريمة هى حصيلة ثلاثة عوامل (أنثروبلوجية وفيزيائية واجتماعية) فانه يصعب أن ترجع الخطورة الى أحد هذه العوامل ونستبعد العوامل الأخرى . فالخطورة كالجريمة هى على الغالب حصيلة هذه العوامل وليست نتيجة لإحدها دون الآخرين ، صحيح أن الخطورة التى تعود إلى عوامل داخلية هى أشد من الخطورة التى تعود الى عوامل خارجية بوجه عام . ولكن ذلك ليس أمراً حتمياً فى كل حالة منفردة فقد ترجع خطورة الفرد فى بعض الحالات الى العوامل الخارجية فحسب [٦٤] .

رأينا فى الموضوع :

الواقع من الأمر أنه لقياس الخطورة الإجرامية وتقدير درجة جسامتها يتعين الأخذ بعين الإعتبار هذه المعايير الثلاثة (المحتملة) مجتمعة . فكل معيار من المعايير التى ذكرت لا يصلح لأن يكون معياراً وحيداً وكافياً من أجل تقدير مدى جسامة الخطورة الإجرامية فالخطورة الاجرامية تخبئ جريمة متوقعة ، وتكون جسامة الخطورة فى جانب منها مرتهن بجسامة تلك الجريمة التى يخشى وقوعها كما أنها ترتبط بمدى كثافة الإحتمال شديداً وواضحاً أصبح حدوث الجريمة أكثر قرباً وأشد خطراً .

كما أن الخطورة نتيجة مجموعة من العوامل الخارجية التى تقوى جانب الواقع الى إرتكاب الجريمة أو تضعف جانب المقاومة ، وهى بالتالى تعتمد على مدى عمق هذه المؤثرات ودوامها وسيطرتها المستمرة على شخصية الفرد وتأثيرها عليه .

خاتمة

الآن وقد فرغنا من بحث الخطورة الإجرامية كشرط لإنزال التدبير الإحترازى ، وتعرضنا لأهم ما تثيره من مشكلات ، نجمل فيما يلى النتائج التى إنتهينا إليها من هذا البحث : ـ

أولا : لا تلازم بين الخطورة الإجرامية والجريمة ويمكن تصور الخطورة دون جريمة ، إلا أننا

لا نوافق على مساءلة من توافر لديه هذا النوع الأخير من الخطورة جنائيا ، لما ينطوى عليه من خروج على روح قاعدة الشريعة والمساس بالحريات الفرديـة .

هذا دون إخلال بسلطة الدولة فى الدفاع الإجتماعى من غير طريق الجزاء الجنائى . على أنه حتى فى هذه الحالة يجب مراعاة الحرية الفردية وتنظيم تدابير هذا الدفاع التى سوف تخرج من دائرة الجزاءات تنظيماً يحافظ على الحرية الفردية ، وذلك لأن الدفـاع الإجتمـاعى الجديـد لا يقوم على حماية المجتمع من الإنسـان ، وإنمـا يفتـرض حماية الإنسان لتحقيق حماية المجتمع .

ومن أجل ذلك فإننا نوافق رأى أستاذنا الدكتور / أحمد فتحى سرور من إنتقاد موقف المشرع عندنا بتجريم حالتى التشرد والإشتباه .

ثانيا : الخطورة الإجرامية حالة تكشف عما لدى الفرد من إحتمال أن يصبح فاعلاً لجريمة ويتعين أن تستند هذه الحالة الى ظروف واقعية حتى تتجدد فى أمـارات ماديـة تجعـلها حاضـرة .

ثالثا : تختلف الخطورة وتتميز عن الخطورة والنزعة الإجرامية والمسئولية الجنائية والخطورة الإجتماعية .

رابعا : أنه لقياس مدى جسامة الخطورة الإجرامية يجب الأخذ بعـين الإعتبـار جميع المعايير التى قيلت فى تحديد درجة جسـامتها . ومن الخطأ الإعتماد على معيار دون سـواه لأن لكل من المصلحة المهددة بالضرر والإحتمـال نحو إرتكاب الجريـمة والعوامـل المنشـئة للخطورة دوره الفعال فى تحديد كم الخطورة الإجرامية .

هوامش الخطورة الإجرامية

(١) نظرية الخطورة الإجرامية بحث منشور بالعدد الثانى من مجلة القانون والإقتصاد السنة ٣٤ سنة ١٩٦٤ للاستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ص١ /٤٩١ .

(٢) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور المرجع السابق . ص١ / ٤٩١ .

(٣) رسالة دكتوراه « النظرية العامة للتدابير الاحترازية » ـ أعداد / حسين كامل محمد عارف سنة ١٩٧٦ ص ١٣٩ .

(٤) د ـ أحمد فتحى سرور المرجع السابق ص ٢ / ٤٩٢ ، ص ٣ / ٤٩٣ .

(٥) رسالة دكتواه « دراسة مقارنة للنظرية الأحترازية العامة للتدابير الأحترازية ـ إعداد / عبد الله سليمان سليمان سنة ١٩٨٢ ص ٢٢٦ .

(٦) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور المرجع السابق ص٣/ ٤٩٣ ، ص ٤ /٤٩٤ .

(٧) أستاذنا الدكتور / أحمد فتحى سرور المرجع السابق ص ٤/٤٩٤ ، ص٥/٤٩٥ .

(٨) د . حسين كامل المرجع السابق ص ١٥٨ .

هوامش

(٩) الأستاذ الدكتور / مأمون محمد سلامة النظرية العامة للعقوبة والتدبير الأحترازي ١٩٨٠ / ١٩٨١ ص ١٤٢ .

(١٠) د . مأمون سلامة المرجع السابق ص ١٤٢ .

(١١) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور ـ ص ٥٣ / ٥٤٣ . المرجع السابق .

(١٢) د . حسين كامل ـ النظرية العامة للتدبير الاحترازية سنة ١٩٧٦ ص ١٥٨ .

(١٣) المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية ـ الجزء الأول سنة ١٩٦٠ م ص ٢٤٣ .

(١٤) المنجد في اللغة والأدب والعلوم ص ٨٨ .

(١٥) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ـ رحمه الله ، عنى بترتيبه السيد / محمود خاطر ص١٠٠ .

رسالة دكتوراه ـ إعداد عبد الله سليمان « دراسة مقارنة للنظرية العامة للتدابير الإحترازية سنة ١٩٨٢ ص ٢٣١ .

(١٦) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص ٦ / ٤٩٦ .

(١٧) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور ـ المرجع السابق ص ٦/ ٤٩٦ ، ص٧ /٤٩٧ .

(١٨) الأستاذ الكتور / أحمد فتحي سرور ـ المرجع السابق ص ٧ / ٤٩٧ .

(١٩) رسالة دكتوراه « النظرية العامة للتدبير الأحترازية » ـ إعداد / حسين كامل سنة ١٩٧٦ ص ١٤٢ .

(٢٠) أصول قانون العقوبات في الدول العربية . للأستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ ـ بند ١٣١ .

(٢١) الأستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى ـ المرجع السابق بند ١٣١ .

(٢٢) المجرمون الشواذ ـ الدكتور محمود نجيب حسني سنة ١٩٦٤ ص ٦٩ .

(٢٣) د . فورية عبد الستار / مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب ـ ط سنة ١٩٧٨ ـ بند ٣٤٣ .

(٢٤) سؤال موجه من معد البحث الى أ.د / محمود محمود مصطفى في محاضرة ١٩٨٤/٣/١١ بحقوق القاهرة .

(٢٥) أ . د. أحمد فتحي سرور ـ نظرية الخطورة الاجرامية ص ١٠ / ٥٠٠ .

(٢٦) أ. د / رؤوف عبيد ـ مبادئ علم الاجرام ـ ط سنة ١٩٧١ ـ ص ٣٨٤ .

(٢٧) د / رمسيس بهنام ـ علم الاجرام ط ـ ٣ ـ ص ٢٧٩ .

(٢٨) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور ـ المرجع السابق ص ١٢ / ٥٠٢ .

(٢٩) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ١٤ / ٥٠٤ .

(٣٠) الدكتور / أحمد عبد العزيز الألفى قانون العقوبات الليبى (القسم العام) ـ طبعة أولى سنة ١٩٦٩ ص ٤٧٩ .

(٣١) الأستاذ الدكتور/ محمود محمود مصطفى قانون العقوبات فى الدول العربية ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ ص ٤٧٩ .

(٣٢) دكتور / حسين كامل ـ المرجع السابق ص ١٥٠ ، ١٥١ .

(٣٣) دكتور / محمود محمود مصطفى ـ المرجع السابق ـ بند ١٣١ .

(٣٤) دكتور / حسين كامل ـ المرجع السابق ص ١٥١ ، ١٥٢ .

(٣٥) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ٥٠٣/١٣ .

(٣٦) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ١٣ ، ٥٠٤/٥٠٣/١٤ .

(٣٧) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ١٣ ، ٥٠٤/٥٠٣/١٤ .

(٣٨) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ١٣ ، ٥٠٤/٥٠٣/١٤ .

(٣٩) أ . د . فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ١٣، ١٤ /٥٠٤/٥٠٣ .

(٤٠) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ نظرية الخطورة الإجرامية ص ١٥ /٥٠٥ .

(٤١) دكتور / محمود محمود مصطفى ـ أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ـ هامش ص ١٦٨ رقم ٢ .

(٤٢) دكتور / محمود نجيب حسنى ـ المجرمون الشواذ سنة ١٩٦٤ بند ٤٤ .

(٤٣) دكتور / حسين كامل / رسالة دكتوراه ـ « النظرية العامة للتدابير الإحترازية » سنة ١٩٧٦ ص ١٥٥ .

(٤٤) الدكتور / رمسيس بهنام ـ علم الاجرام ـ ص ٢٧٩ .

(٤٥) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ نظرية الخطورة الاجرامية ـ ص ٣٧ / ٥٢٧ .

(٤٦) دكتور / محمود نجيب حسنى ـ علم العقاب ـ ص ١٤٢ ، ١٤٣ طبعة سنة ١٩٦٦ .

(٤٧) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ١٧ /٥٠٧ .

(٤٨) أستاذنا الدكتور / أحمد فتحى سرور « نظرية الخطورة الإجرامية »

ص ٥١١/٢١ .

(٤٩) أستاذنا الدكتور / مأمون محمود سلامة ـ النظرية العامة للعقوبة والتدبير الأحترازى ١٩٨٠ .

(٥٠) الأستاذ الدكتور / مأمون محمود سلامة ـ المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٥١) أنظر ص ١٤٥ المرجع السابق ـ الدكتور / مأمون سلامة .

(٥٢) أستاذنا الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ـ ص ٢٣ /٥١٣ .

(٥٣) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ـ ص ٢٤ /٥١٤ .

(٥٤) الاستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور المرجع السابق ـ ص ٥١٦/٢٦ .

(٥٥) د / عبد الفتاح الصيفى ـ المجلة الجنائية القومية ـ حول المادة ٥٧ من مشروع قانون العقوبات المصرى مارس سنة ١٩٦٨ ـ العدد الأول ـ عدد خاص عن العقوبة والتدابير الاحترازية .

(٥٦) د / عبد الفتاح الصيفى ـ المرجع السابق ص ٩٩ .

(٥٧) الدكتور / محمد ابراهيم زيد ـ التدابير الاحترازية القضائية ـ ص ٣٧ .

(٥٨) أستاذنا الدكتور / محمود محمود مصطفى ـ الأتجاهات الجديدة فى مشروع قانون العقوبات فى الجمهورية العربية المتحدة ـ مجلة الشرق الأوسط ـ بيروت سنة ١٩٦٩ ـ ص ٢٤ هامش (١) .

(٥٩) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ـ ٥١ / ٥٤١ .

(٦٠) رسالة دكتوراه ـ إعداد الدكتور / عبد الله سليمان ـ أنظر فى هذا المعنى طبعة سنة ١٩٨٢ بند ١٧٦ .

(٦١) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ـ ص ٥١ / ٥٤١ .

(٦٢) دكتور رمسيس بهنام ـ النظرية العامة للقانون الجنائى ـ ص ١٠٣٣ .

(٦٣) دكتور رمسيس بهنام ـ أنظر علم الاجرام ـ حـ ٢ طبعة ١٩٦٠ / ١٩٦١ ص ٣٠٤ .

(٦٤) أنظر ـ الأستاذ الدكتور ـ أحمد فتحى سرور ـ المرجع السابق ص ٥٤١/٥١ .

تقرير عن النشاط

خلال الفترة من يونيه ٨٩ إلى يناير ١٩٩١

فى مواجهة إرتفاع أسعار وضعف المستوى العلمى لكثير من الكتب والمراجع القانونية ، وإستجابة لآمال الزملاء والزميلات فى أن تدعم نقابة المحامين الكتاب القانونى بما يؤكد المساهمة الجادة فى تحقيق « مكتبة لكل محام » قامت اللجنة بدعم من النقابة بدورها فى أن تكون النقابة الناشر والموزع للكتاب القانونى بما يضمن تخفيض التكاليف والأعباء الملقاة على عاتق الكتاب القانونى ونجحت فى تخفيض الأعباء على المحامين بما يزيد عن ٦٠٪ من سعر البيع فى سوق الكتاب ، مع ضمان جودة المصنف القانونى وتلافى أوجه القصور فى المكتبة القانونية العربية .

وفى هذا المجال تم الإتفاق على طبع ونشر المؤلفات التالية :

اولاً: مشروع « مكتبة المحامى » :

ظهر منها:

(١) قضاء الأمور المستعجلة للدكتور محمد كمال منير .

(٢) الجرائم الضريبية للدكتور أحمد فتحى سرور .

(٣) السجون فى مصر « للأستاذين عبد الله خليل ، أمير سالم المحاميان .

(٤) قانون الأحوال الشخصية للأستاذ أشرف مصطفى كمال رئيس المحكمة بالتعاون مع نادى القضاة .

(٥) قانون العقوبات « القسم الخاص » د. أحمد فتحى سرور .

(٦) موسوعة الإستئناف - جـ ١ و ٢ د. أحمد مليجى .

(٧) قانون إيجار الأماكن (أحكام محكمة النقض) للمستشار خيرى أبو الليل بالتعاون مع نادى القضاة .

(٨) طلب إعادة النظر فى المواد الجنائية للمستشار دكتور أدوار غالى الدهبى .

(٩) جريمة « السرقة » للأستاذ سمير الأمين المحامى .

(١٠) التعليق على قانون الإجراءات الجنائية وقانون إجراءات الطعن بالنقض ، د. حسن علام بالتعاون مع نادى القضاة .

(١١) عقد البيع للمستشار السيد خلف محمد .

(١٢) دراسات فى المسئولية المدنية د. أدوار غالى الدهبى .

(١٣) موسوعة الإثبات محمد عبد اللطيف تنقيح المستشار حمدى ياسين .

(١٤) القضاء المستعجل المستشار محمد عبد اللطيف / د. أحمد مليجى .

(١٥) موسوعة « الطب الشرعى » د. صلاح مكارم وآخرين .

(١٦) « التوثيق » للأستاذ عاطف عليوه .

(١٧) قضاء التأديب فى مجلس الدولة د. محمد ماهر أبو العينين .

(١٨) التقادم المسقط والمكسب مستشار محمد عبد اللطيف تنقيح المستشار أحمد زكريا يوسف .

(١٩) الشفعة للأستاذ إبراهيم حلمى المحامى .

(٢٠) حق العلو وحق السفلى د. عبد الحميد حسن شرف .

(٢١) شرح قانون المبانى للأستاذ حامد الشريف المحامى .

(٢٢) شرح قانون إيجار الأماكن د. جمال زكى بالتعاون مع نادى القضاة .

(٢٣) الطعن بالإستئناف جـ٢ و ٣ د. أحمد مليجى .

(٢٤) أحكام محكمة النقض فى العمل والعاملين والتأمينات للمستشار / صلاح أحمد محمد بالتعاون مع نادى القضاة .

- كذلك يجرى الإتفاق مع الأستاذ المستشار مصطفى الفقى لإعادة طبع الإعداد السابقة من الوسيط للسنهورى ، حتى يمكن توفير هذا المرجع الهام الجيل الجديد من المحامين الشبان .

- كذلك تم الإتفاق فى ١٩٩٠/١٢/٤ مع مجلس الدولة على أن تتولى اللجنة مهمة طبع ونشر وتوزيع أحكام محاكم مجلس الدولة المختلفة وفتاوى جمعيتها العمومية وبيعها للمحامين بأسعار التكلفة وجارى طبع السنوات الأربعة الأخيرة من أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى نهاية عام ١٩٩٠ وكذلك الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من ٨٢ حتى ١٩٨٦ .

ثانياً: مشروع " مكتبات المحاكم الجزئية "

بدأت اللجنة فى مشروعها الثانى بأنشاء مكتبات فرعية بنوادى المحامين والمحاكم الجزئية فى محاولة للقضاء على مشكلة الكتاب القانونى بمختلف السبل ، وقد بدأ إنشاء مكتبة بنادى المحامين فى المعادى وحلوان والسويس والإسماعلية وبنى سويف ومكتبات فرعية بمحاكم أدفو ، طوخ ، بلقاس ، شبرا الخيمة ، القناطر الخيرية ، الخانكة ، كفر شكر ، شبين القناطر ، والعياط ، الصف ، البدرشين ، أبو سلطان ، فايد .

وسيتم خلال هذا العام إستكمال العمل بهذا المشروع لتغطية أكبر عدد ممكن من المحاكم الجزئية بالقاهرة وباقى المحافظات ، حتى يمكن للزملاء الإستفادة بتوفير المراجع فى مقار أعمالهم .

هذا بالإضافة إلى تدعيم المكتبات القائمة بالنقابات الفرعية .

ثالثاً: معارض الكتب القانونية :

تستهدف اللجنة توصيل الكتاب إلى أقرب مكان ممكن للزملاء وبالتالى إبتدعت اللجنة أسلوب المعارض القانونية ، وقد بدأ بمعرض للكتاب بمحافظة الغربية ، ثم محافظة الجيزة والبحيرة والأسكندرية .

إلا إنه سيتم تغطية باقى النقابات الفرعية ومن المأمول خلال هذا الموسم القضائى تنظيم معارض للكتاب فى باقى المحافظات دمياط والإسماعيلية والقاهرة وبنى سويف وأسـيوط ، وهكذا حتى يتم تغطيته .

رابعاً: الفكر القانونى :

(١) قامت اللجنة بالإشتراك مع المركز القومى للدراسات القضائية بتنظيم لقاء عن « المنازعات المدنية البسيطة » خلال يناير ١٩٩٠ شاركت فيه ببحث مكتوب للأستاذ عبد المنعم حسنى عضو مجلس النقابة ومحاضرة قمت بإلقائها وحضر هذه اللقاءات مجموعة من المحامين بالإضافة إلى السادة أعضاء الندوة هذا وقد تم الإتفاق على تنظيم مجموعة أخرى من الأنشطة المشتركة وخاصة تدريس اللغة الفرنسية واللغة الإنجليزية للراغبين من المحامين بأسعار مناسبة وقد تم الإعلان عن ذلك وبدأ إشتراك بعض المحامين فى دروس اللغة الفرنسية .

(٢) يجرى الإتفاق حالياً مع المركز على إعداد ندوة عالمية عن التحكيم تشارك فيها نقابة المحامين خلال شهر سبتمبر ١٩٩١ بالقاهرة .

(٣) مسابقات قانونية .

تشجيعاً للزملاء على إستيفاء مجال البحث القانونى أعلنت اللجنة عن مسابقة قانونية للمحامين لعام ١٩٩٠ فى ثمانى موضوعات حيوية وكان آخر ميعاد للإشتراك ١٩٩١/٢/١٥ وسيتم تنظيم هذه المسابقة سنوياً مع رصد مبالغ نقدية وهدايا عينية قيمة للفائزين .

خامساً: موسوعة المبادىء القانونية :

أصدرت اللجنة موسوعة " المبادىء القانونية " ككتاب غير دورى يعنى بتوثيق المبادىء القانونية للمحاكم المختلفة لتسهيل مهمة الحصول عليها للزملاء ، وقد صدر العدد الأول منها فى يناير ١٩٩١ وقد تضمن المبادىء القانونية التى أصدرتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ويصدر العدد الثانى فى مارس ١٩٩١ وهكذا .

ملامح عمل اللجنة فى المرحلة القادمة

اولا: فى مجال المكتبة العامة :

- إدخال الحاسب الآلى فى مجال المكتبة والإستفادة من قدراته الهائلة فى التنظيم للحفاظ على مقتنيات المكتبة من كتب ومراجع قانونية .

- دراسة أسلوب الإستعارة الخارجية ، مع ضمان الحفاظ على أمهات الكتب والمراجع القانونية .

- طبع بيان بالكتب الموجودة فى المكتبة فى ملحق من ملاحق المحاماه أو فى كتيب خاص تصدره اللجنة ، يتضمن أسم المؤلفين وسنة الطبع والناشر لتسهيل مهمة الزملاء فى التعامل مع المكتبة.

- تشكيل مجلس إدارة من المحامين المهتمين للإشراف على إدارة المكتبة وتطويرها والحفاظ عليها كإحدى مؤسسات الخدمة العلمية للنقابة تمهيداً لتطويرها كمكتبة قانونية قومية .

- إنشاء أقسام جديدة بالمكتبة وخاصة فى مجالات حقوق الإنسان والدراسات القانونية فى مجال الشريعة الإسلامية والتحكيم التجارى .

- وافق المجلس على تخصيص الدور الثانى بمبنى النقابة للمكتبة لمواجهة التوسعات فى النشاط وإتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من الزملاء للإطلاع مع دراسة إمكانية تشغيلها فترة مسائية .

ثانيا: مشروع مكتبة المحامى :

- الإستمرار فى طبع الكتب والمؤلفات القانونية الهامة لضمان إستمرار هذا المشروع الحيوى مع طرح هذه المؤلفات للبيع بالسوق الخارجية لصالح النقابة لتنمية موارد النقابة من هذه الناحية و/ أو لتخفيض التكلفة بالأرباح التى ستعود على المشروع .

- تشكيل مجلس إدارة من الأساتذة المحامين للإشراف على المشروع .

ثالثا: مقار التوزيع :

وافق مجلس النقابة على طلب اللجنة إنشاء مقار لتوزيع الكتب الخاصة بالنقابة من خلال غرف المحامين بمحاكم الإستئناف و / أو نوادى المحامين على مستوى الجمهورية وذلك لضمان توصيل الخدمة إلى المحامى فى

أقرب مكان إلى عمله اليومى وقد تم إنشاء مقار للتوزيع بمحكمة شبرا الخيمة الجزئية ، كفر الشيخ ، شمال القاهرة الإبتدائية ، نادى المحامين بالمعادى وبلقاس وقد تم مخاطبة جميع النقابات الفرعية لتنظيم أداء الخدمة للمحامين فى محافظتهم .

رابعاً: الفكر القانونى:

- تنظيم مجموعة من المحاضرات القانونية بواقع محاضرة كل أسبوعين فى مجال من المجالات القانونية وخاصة الحديثة منها، مع الإستعانة بكبار الفقهاء والمحامين .

- تنظيم مجموعة من اللقاءات العلمية القانونية المتخصصة والتى يتم الإشتراك فيها مقابل لقاء مقابل للمحامين بالشركات المتخصصة أو البنوك أو شركات التأمين فى الموضوعات القانونية الهامة مع تزويدهم بالمحاضرات أو الكتب التى تخدم الدراسة .

خامساً: الموارد المالية الذاتية :

قامت اللجنة بعد موافقة مجلس النقابة على طرح " بادج " وميدالية ودبوس للمحامين عليه الشعار الجديد للنقابة مع إضافة هامش ربح على هذه المنتجات يوجه لصالح دعم الكتاب القانونى .

سادساً: مركز الخدمات المكتبية :

وافق مجلس النقابة على المذكرة المقدمة من اللجنة لإنشاء مركز للخدمات المكتبية سيتم تخصيص المكان الملائم له بالنقابة العامة سيتم من خلاله توفير كافة إحتياجات المحامى اليومية من نسخ وتصوير وإتصالات محلية بالوسائل الحديثة فاكس / تلكس بالإضافة إلى توفير الخدمات المكتبية من طبع أوراق الدعاوى وملفات المكتب وحوافظ المستندات وتجليد الكتب وغيرها بأسعار مناسبة - تقل كثيراً عن أسعار السوق - مع هامش ربح لصالح دعم الكتاب القانونى .

سابعاً: مركز المعلومات القانونية :

وافق الأستاذ النقيب على شراء وحدة " كانون فايل " وهو جهاز حديث يمكن تشغيله كمركز للمعلومات القانونية الأمر الذى يوفر للمحامين سرعة الحصول على أحكام النقض ومجلس الدولة والتشريعات المختلفة بأسعار رمزية ، كما يمكن الإستفادة منه فى حفظ ملفات الدعاوى بالمكتبات بأرخص التكاليف وسيتم الإعلان عن المشروع فور الإنتهاء من إعداد البرامج الخاصة به ، ويجرى دراسة الإستفادة من الحاسب الآلى فى حفظ الأحكام والتشريعات وإتاحة الفرصة أمام المحامين للإستفادة منها .

واللجنة يسعدها مشاركتكم فى أعمالها ، وتلقى مقترحاتكم التى ستوليها العناية اللازمة .

والله ولى التوفيق.

صابر عمار المحامى
عضو مجلس النقابة
مقـــرر اللجنـــــة



بكل الحزن والاسى ، وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء إنتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً . ويتضرع المجلس إلى العلى القدير ان يتغمدهم برحمته وان يسكنهم فسيح جناته .. وان يلهم اسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر والسلوان ...

الاستاذ / عبد الله على حسن المحامى — عضو مجلس نقابة المحامين
الاستاذ / محمود فريد جمال الدين المحامى
الاستاذ / محمد عبد المجيد محمد المحامى
الاستاذ / حسن عبد الحليم المحامى
الاستاذ / حلمى حبشى عبد السيد المحامى
الاستاذ / عدلى عبد الشهيد المحامى
الاستاذ / سليمان القرش المحامى
الاستاذ / احمد عبد اللطيف المحامى
الاستاذ / كامل فهمى المحامى
الاستاذ / فؤاد احمد الغريب المحامى
الاستاذ / كامل دانيال المحامى
الاستاذ / محمد على كاسب المحامى
الاستاذ / بشرى سوريال ارسان المحامى
الاستاذ / مختار صبرى المحامى
الاستاذ / وليم لوقا صبرى المحامى
الاستاذ / سيد عبد العزيز المحامى
الاستاذ / محمد فؤاد عبد الكريم المحامى
الاستاذ / شوقى رياض المحامى
الاستاذ / مصطفى محمد شاهين المحامى
الاستاذ / إلياس جرجس المحامى
الاستاذ / يوسف شحاته الشرقاوى المحامى
الاستاذ / فؤاد النعمانى المحامى
الاستاذ / رمسيس زكى برسوم المحامى
الاستاذ / رفعت محمد سويلم المحامى
الاستاذ / عبد العزيز عبد اللطيف المحامى
الاستاذ / عبد العزيز حسين المحامى
الاستاذ / حسن احمد حسن المحامى
الاستاذة / لندا قلدس بشاى المحامى

فهرس العدد

الموضـــوع	الصفحة

مقالات في كلمات

أحسن الكلام ما صدق فيه قائله ، وأنتفع بـه سامعه .

آرسطو

* * *

اللهم أسألك الغنى فى الدنيا ، وأعوذ بك من الرغبة فيها ، وأسألك الزهد فى الدنيا ، وأعوذ بك من الفقر فيها .

الفضل بن عياض

* * *

الأمانة هى الفصل الأول فى كتاب الحكمة .

توماس جيفرسون

* * *

أفضل الحياة فى ظل صحافة بلا حكومة عن الحياة فى ظل حكومة بلا صحافة .

إبراهام لنكولن

* * *

ليس الشرف أن تحصل على تكريم ، وإنما أن تكون مستحقاً لهذا التكريم .

آرسطو

* * *

الذين يصنعون التاريخ ليس لديهم وقت لكتابته .

صمويل بيكر

* * *

الصديق المزيف كالظل ، يمشى ورائى عندما أكون فى الشمس ، ويختفى عندما أكون فى الظلام .

جبران خليل مطران

* * *

قد تخفى الثياب الجميلة حقيقة الإنسان .. ولكن الكلمات الحمقاء سوف تكشفه بسهولة .

جان جاك روسو

* * *

قالوا عن المحاماة

إن إستقلال المحاماة عزيز على العدالة كما هو عزيز عند المحامين . ولولا حرية المحامين فى أن يناقشوا وينتقدوا أحكام القضاء نفسه لتكررت الأخطاء وتراكمت . واستحال إصلاحها وتجنبها . ولأصبحت المحاكم مصدراً للمظالم بدلاً مما هى الآن عنوان الحقيقة والعدل .

« المحامى الفرنسى بيرونيه »

دار وهدان للطباعة
ت : ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤



المحاماة

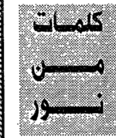
تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

العددان الخامس والسادس - مايو ويونية ١٩٩١ - السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله والله هو الغنى الحميد * إن يشأ يذهبكم ويأت بخلق جديد * وما ذلك على الله بعزيز ...

صدق الله العظيم

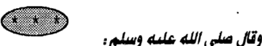


قال صلى الله عليه وسلم:

من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت .

وقال صلى الله عليه وسلم:

المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده .



وقال صلى الله عليه وسلم:

إن العبد ليتكلم بالكلمة ما يتبين فيها يزل بها إلى النار أبعد مما بين المشرق والمغرب .

وقال صلى الله عليه وسلم:

إن العبد ليتكلم بالكلمة من رضوان الله تعالى ما يلقى لها بالاً يرفعه الله بها درجات ، وإن العبد ليتكلم بالكلمة من سخط الله تعالى لا يلقى لها بالاً يهوى بها فى جهنم .

وقال صلى الله عليه وسلم:

لا تكثروا الكلام بغير ذكر الله ، فإن الكلام بغير ذكر الله تعالى قسوة للقلب ، وإن أبعد الناس من الله القلب القاسى .

وقال صلى الله عليه وسلم:

أمسك عليك لسانك ، وليسعك بيتك ، وأنك على خطيئتك .

وقال صلى الله عليه وسلم:

إذا أصبح أبن آدم فإن الأعضاء كلها تكفر اللسان تقول : أتق الله فينا ، فإنما نحن بك ، فإن أستقمت استقمنا ، وأن أعوججت اعوججنا .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

دستور جديد ضرورة حتمية لإنقاذ مصر

لو يدرك كل حاكم أن الدستور هو تجسيد لإرادة شعب ينبغى أن تسود ... وأنه ليس منحة من الحاكم إلى المحكومين .. ولكنه القول الفصل فيما يشجر بينهما من خلاف ... وأنه الدرع الواقى لحريات الشعب وحقوق الإنسان ... وأنه الضمانة العظمى التى يعتصم بها الشعب فى مواجهة كل طاغية وجلاد .. وأنه لن يكون كذلك إلا إذا كان نابعاً من ضمير الشعب ووجدانه .. أقول لو أدرك كل حاكم هذه المعانى والغايات الدستورية ، فإنه لن يضل الطريق أبداً .. !!

لو يدرك كل محكوم أن الدستور هو الحصن الذى يأوى إليه إذا عبث الحاكم بإرادة الشعب .. وأنه ليس للمحكوم من عاصم يعصمه من الغرق فى بحار القهر والمذلة سوى الدستور .. وأنه لا خير فى أمة لا يصان دستورها الذى يصدر عن إرادة الشعب ومشيئته .. أقول لو أدرك كل محكوم تلك الحقيقة الدستورية لاستمسك بالدستور إستمساكه بالحياة ... فلا يفرط فى حق كفله له الدستور ...ولن يتنازل عن حريته التى يصونها الدستور ... !!

أن قضية القضايا فى كل وطن هى الدستور ... فإن الذى يردده التاريخ دائماً أن قهر الشعوب وإذلالها ... وأن إستبدادها وإستغلالها ، وأن تفريط الحاكم فى حقوق المحكومين ، بل إن كل الهزائم والنكسات .. وكل ضياع وما يتجرعه الوطن من أوجاع .. كل ذلك كان عنه الدستور العاجز مسئولاً .. !!

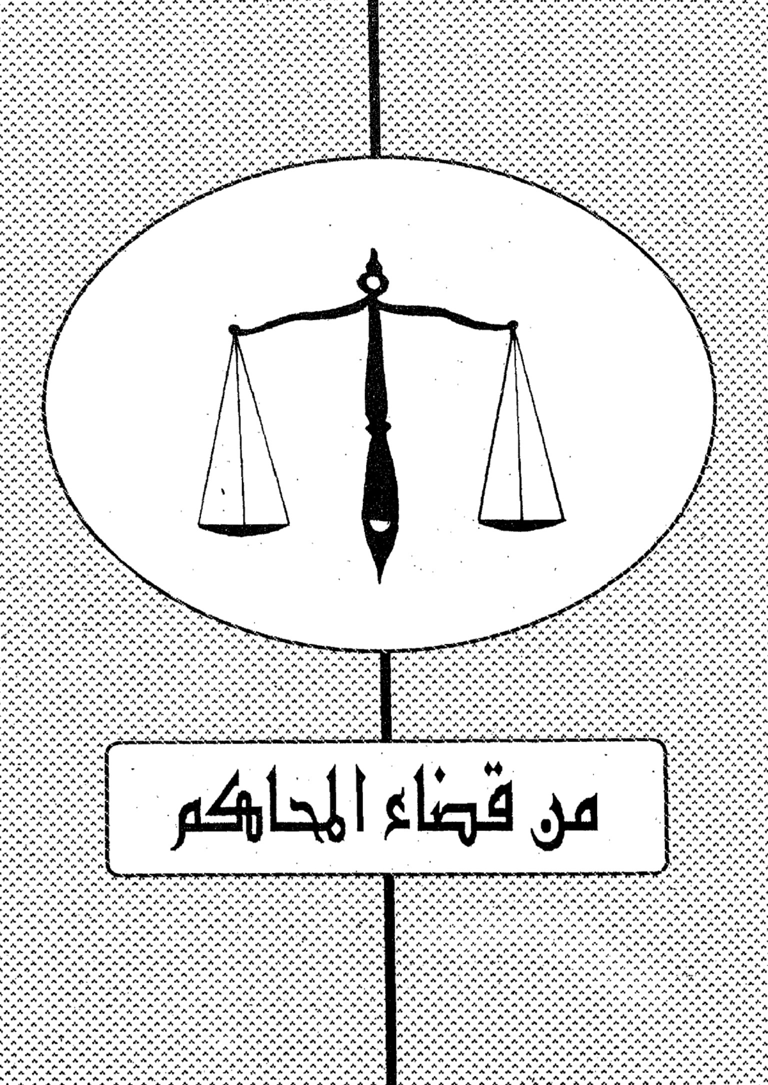
إن الدستور القائم هو من إعداد الحاكم الراحل وحده .. فهو الذى وضع نصوصه لتتفق وهواه ، ولتكون السلطات جميعها فى قبضة يده .. لتصير كلمته هى العليا وكلمة الشعب هى السفلى .. فقد أخرج الحاكم الراحل الدستور القائم بحسبان أنه سوف يحكم مصر خالداً فى حكمها أبداً ..ولم يدرك أنه إذا جاء أجله فلن يستقدم ساعة ولن يستأخر .. فكل حاكم إلى زوال ويظل الشعب المحكوم هو الباقى ما بقيت الدنيا ...!!

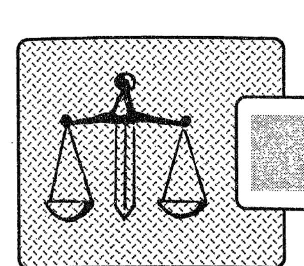
إن الإنصاف لمصر يقتضى أن نقول أنه ليس لدينا من الدستور سوى إسمه ، وآن الآوان إلى أن يلتقى الشعب كله على كلمة سواء تصوغ دستور جديداً يتخذ من شريعة الخالق منارة تنير الطريق لكل ضال ... !

سكرتير التحرير
عصمت الهوارى
المحامى

إذا كانت بعض آمالنا لم تتحقق ، فسوف تتجدد مطالبنا بها مع تجدد الحياة ، وإرادة المحامين واجتماعهم حول قضاياهم العادلة المشروعة هو السبيل الوحيد إلى تحقيقها .

الأستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجـــــه .


من قضاء المحاكم



قضاء النقض المدنى

(١)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

(١) دفوع " الدفوع الشكلية : الدفع بعدم القبول " . دعوى " شروط قبولها ".

الدفع بعدم القبول . المقصود منه . الإجراء الذى يوجب القانون إتخاذه حتى تستقيم الدعوى . الدفع بتخلفه . إعتباره دفعاً شكلياً . خروجه عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت صلته بالصفة أو المصلحة فى الدعوى أو بالحق فى رفعها . العبرة فى تكييف الدفع بحقيقة جوهره ومرماه لا بالتسمية التى تطلق عليه.

(٢ـ٤) إيجار " إيجار الأماكن : التأجير المفروش قيد عقد الإيجار : إلتزامات المستأجر " دعوى " شروط قبولها " " دفوع " الدفوع الشكلية : الدفع بعدم القبول إستئناف " نطاقه " قانون . " سريانه " .

(٢) وجوب قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة كإجراء لازم لسماع الدعوى الناشئة أو المترتبة عليه . المواد ٣٩ . ٤٠ . ٤٢ . ٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . الغاية منه . عدم إتصاله بالصفة أو المصلحة فى الدعوى وبالحق فى رفعها . مؤداه خروجه عن نطاق الدفع بعد القبول وإعتباره دفعاً شكلياً . علة ذلك .

(٣) طلب الإخلاء والتسليم لإنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش تضمنه طلب إلزام المستأجر بتنفيذ إلتزامه التعاقدى عينا برد العين المؤجرة .م ٥٩٠ مدنى . مؤداه خضوع الدعوى المرفوعة به بعد العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للقيد الوارد بالمادة ٤٢ منه ، ولو أبرم العقد أو إنتهت مدته فى تاريخ سابق على سريان القانون المذكور علة ذلك .

(٤) قضاء محكمة أول درجة بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة . المادتان ٤٢ . ٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . لا تستنفذ به ولايتها فى الفصل فى موضوعها ولو تطرقت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة توصلاً للفصل فى الدفع بعدم سماع الدعوى . مؤدى ذلك إلغاء محكمة الإستئناف هذا الحكم . إلتزامها بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فى موضوعها . تصديها لنظره. تفويت لاحدى درجتى التقاضى .

١ـ لئن كان المشرع لم يضع تعريفاً للدفع بعدم القبول تقديراً منه ـ لصعوبة فرص تحديد جامع مانع له ـ على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات السابق فى صدد المادة ١٤٢ منه المقابلة للمادة ١١٥ من القانون القائم ـ إلا أنه وعلى ضوء ما جاء بتلك المذكرة من أن الدفع الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى بإعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كإنعدام الحق فى الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه ، أو لإنقضاء المدة المحددة فى القانون لرفعها ، فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون إتخاذه وحتى تستقيم الدعوى ، فإن الدفع المبنى على تخلف هذا الإجراء يعد دفعاً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت صلته بالصفة أو المصلحة فى الدعوى أو بالحق فى رفعها ، وذلك دون إعتداد بالتسمية التى تطلق عليه لأن العبرة فى تكييف الدفع هى بحقيقة جوهره ومرماه .

٢ـ النص فى المادة ٤٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وفى المادة ٤٣ من ذات القانون ـ يدل على أن المشرع فرض على المؤجر إتخاذ إجراء معين يتمثل فى وجوب قيد عقد الإيجار المفروش الذى يبرم طبقاً لأحكام المادتين ٣٩ , ٤٠ من القانون المذكور بالوحدة المحلية المختصة ، وفرض على تخلف هذا الإجراء جزاء معيناً هو عدم سماع الدعوى الناشئة أو المترتبة على ذلك العقد ، إستهدف به إحكام الرقابة على الشقق المفروشة ضماناً لتحصيل الضرائب المستحقة على مثل هذا النشاط ، ولما كان هذا الإجراء الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المؤجر لا صلة له بالصفة أو المصلحة فى الدعوى ولا يتعلق بالحق فى رفعها بإعتبار أنه لا يرمى إلى الطعن بإنعدام هذا الحق أو سقوطه أو بإنقضائه وإنما هو قيد مؤقت إن إتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى إستقامت ، وبالتالى فإنه يخرج عن نطاق الدفع بعدم قبول ، ويعد دفعاً شكلياً .

٣ ـ إذا كانت الدعوى بطلب الإخلاء والتسليم المبنى على إنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش تضمن فى حقيقتها وبحسب التكييف القانونى السليم طلباً بإلزام المستأجر بتنفيذ إلتزامه التعاقدى عينا برد العين المؤجرة والذى نصت عليه المادة ٥٩٠ من القانون المدنى بقولها " يجب على المستأجر إن يرد العين المؤجرة عند إنتهاء العقد" وهى على هذا النحو تستند إلى عقد الإيجار ، وكان المقرر إن الدعوى تخضع من حيث شروط قبولها وإجراءاتها للقانون السارى وقت رفعها ، وكانت الهيئة قد إنتهت سلفاً إلى أن ما نصت عليه المادتين ٤٢ , ٤٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من إلتزام المؤجر بقيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة وحتى تسمع دعواه المستندة إلى هذا العقد ـ لا يعدو أن يكون إجراء لا تستقيم الدعوى إلا بإتخاذه ، وكانت الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء والتسليم لإنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش ـ قد أقيمت فى تاريخ لاحق على العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن ثم تخضع للقيد الذى أوجبته المادة ٤٢ منه وإلا كانت

غير مسموعة إلتزاماً بحكم المادة ٤٣ من ذات القانون ، وذلك دون إعتداد بإبرام العقد أو إنتهاء مدته فى تاريخ سابق على سريان القانون المذكور طالما إن الأمر يتعلق بإجراء لازم لإستقامة الدعوى المستندة إلى ذلك العقد فيتعين النظر إلى وقت رفعها .

٤ ـ إذا كان المقرر أن الحكم بقبول الدفع الشكلى لا يعد فصلاً فى موضوع الدعوى ، وبالتالى فإن محكمة الدرجة الأولى إذا قضت بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية لا تكون قد إستنفذت ولايتها بالفصل فى موضوعها ولو تطرفت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة طالما إن ذلك من جانبها لم يكن إلا لتبيان مدى خضوع العقد للقيد الذى فرضته المادة ٤٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وصولاً منها للفصل فى الدفع بعدم السماع الذى أوجبته المادة ٤٣ من ذات القانون ـ فإنه كان يتعين على محكمة الإستئناف وقد ألغت الحكم المستأنف القاضى بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة ـ أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فى موضوعها ، أما وقد تصدت لنظره فإنها تكون قد أهدرت إحدى درجتى التقاضى فخالفت بذلك القانون وأخطأت فى تطبيقه .

(الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٥٠ قضائية . هيئة عامة جلسة ١٩٨٩/٢/٨) .

(٢)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

إستئناف " صحيفة الإستئناف " بطلان الإجراءات " محاماة . نظام عام " المسائل المتعلقة بالنظام العام " .

عدم التوقيع على صحيفة الإستئناف من محام مقبول أمام محاكم الإستئناف ، أثره . بطلان الصحيفة . تعلقة بالنظام العام . جواز إستيفاء التوقيع فى الجلسة . شرطه . أن يكون خلال ميعاد الإستئناف . علة ذلك .

النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ـ المنطبق على واقعة الدعوى ـ على إنه لا يجوز تقديم صحف الإستئناف أو تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الإدارى إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها " يدل على أن المشرع قصد من توقيع المحامى على صحف الدعاوى " رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت ، لأن إشراف المحامى على تحرير صحف الإستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوى الشأن ومن ثم فإن هذا البطلان يكون متعلقاً بالنظام العام وإن كان يجوز إستيفاء التوقيع فى الجلسة خلال ميعاد الإستئناف .

(الطعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٨) .

(٣)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

إستئناف " إنعقاد الخصومة " . دعوى " إنعقاد الخصومة " . إعلان . بطلان "بطلان الأحكام " .

إنعقاد الخصومة فى الإستئناف . شرطه . إعلان صحيفة الإستئناف إلى المستأنف عليه . تخلف ذلك . أثره . زوال الخصومة وبطلان الأحكام الصادرة فيها.

مفاد المادتين ١/٦٣ ، ٢٤٠ من قانون المرافعات ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أنه وإن كان يلزم لإجراء المطالبة القضائية إيداع صحيفة الإستئناف قلم كتاب المحكمة وهو ما يترتب عليه ـ كأثر إجرائى ـ بدء الخصومة ، إلا إن إعلان صحيفة الإستئناف إلى المستأنف عليه يبقى إجراء لازماً لإنعقاد الخصومة بين طرفيها ويكون وجودها الذى بدأ بإيداع صحيفة الإستئناف قلم الكتاب معلقاً على شرط إعلانها إلى المستأنف عليه إعلانا صحيحاً فإن تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الإستئنافى زالت الخصومة كأثر للمطالبة القضائية ومن ثم تبطل الخصومة التى لم تعلن صحيفتها هى وجميع الأحكام التى تصدر فيها فيقع باطلاً الحكم الصادر على من لم يعلن إطلاقاً بصحيفة الإستئناف .

(الطعن رقم ١٦٣٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٨) .

(٤)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

وكالة " صفة الوكالة : الوكيل الظاهر " . عقد . " أثر العقد " . إيجار " إيجار أماكن " . محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع فى الوكالة " .

المتعاقد مع الوكيل . عليه التثبت من قيام الوكالة ومن حدودها . الوكيل الظاهر . إعتباره نائباً عن الوكيل . شرطه . الوكالة فى تحصيل أجرة أطيان مملوكة للطاعنة . عدم إنطوائها على ما يوهم الغير بأنها تبيح تأجير المنازل المملوكة لها . إستخلاص الإجازة الضمنية لما صدر من الوكيل مجاوزاً حدود وكالته . من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغاً وله أصل بالأوراق .

لما كان شرط إعتبار أن الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن يقوم مظهر خارجى خاطىء ومنسوب للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذى يتعامل مع الوكيل الظاهر دون أن يرتكب هذا الغير خطأ أو تقصيراً فى إستطلاع الحقيقة ، وكانت الإجازة الضمنية لما صدر من الوكيل مجاوزاً حدود وكالته وإن كانت من سلطة محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون إستخلاصها لهذه الإجازة سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق ؛ وكان البين من الأوراق أن محكمة الموضوع أقامت قضاءها برفض دعوى الطاعنة على دعامتين حاصل الدعامة الأولى الإعتداد بالوكالة الظاهرة لمن أجر المنزل موضوع النزاع للمطعون عليه تأسيساً على أنه وكيل عن الطاعنة فى تحصيل أجرة الأطيان المملوكة لها ، وحاصل الدعامة الثانية أن المستفاد من أقوال الوكيل المشار إليه بمحاضر أعمال الخبيران الطاعنة أجازت تأجير المنزل سالف البيان للمطعون عليه ورتبت على ذلك إنصراف أثر عقد الإيجار إلى الطاعنة . وكان هذا الذى إستدل به الحكم على قيام الوكالة الظاهرة ليس فيه ما يوهم الغير بأن لهذا الوكيل حق تأجير المنازل المملوكة للطاعنة ولا ينهض لتشكيل مظهر خارجى خاطىء من

جانب الطاعنة من شأنه أن يخدع المطعون عليه الذى تعاقد مع هذا الوكيل فيما لا يملك مع أن وكالته لا تتسع لغير تحصيل أجره الأطيان الزراعية ولأن الأصل فى قواعد الوكالة أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره . وكان الثابت من أقوال ذلك الوكيل بمحاضر أعمال الخبير أن ما قرره من إجازة الطاعنة للتأجير ورفضها إستلام الأجرة خلال السنة الأولى من هذا التأجير ، لا يدل بذاته على أنها قد إتخذت موقفاً بالإجازة لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالتها على حقيقة المقصود . فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالفساد فى الإستدلال . فضلاً عن الخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ٢٦٤٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٨) .

(٥)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٤

(١) حيازة " دعوى الحيازة " . دعوى " أنواع من الدعاوى : دعوى الحيازة " .

حظر الجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالحق . م ٤٤ مرافعات . شرطه . رفع دعوى الحيازة من الحائز على المعتدى نفسه . قصر الطاعن طلباته أمام محكمة الدرجة الأولى على إسترداد حيازة العين من مورث الطاعنين وطلبه فى الإستئناف " إحتياطياً " الحكم على شخص آخر بصحة ونفاذ عقد الإيجار - عدم إعتباره جمعاً بين دعوى الحيازة ودعوى الحق .

(٢) محكمة الموضوع " سلطتها فى تقدير الدليل " .

تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير ما يقدم فيها من أدلة من سلطة محكمة الموضوع . متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(١) لما كانت دعوى الحيازة التى لا يجوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط الإدعاء بالحيازة طبقاً لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات - هى تلك التى ترفع من الحائز على المتعدى نفسه ، وكان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة على طلب إسترداد الحيازة ، ثم طلب فى الإستئناف - إحتياطياً وبالنسبة للمؤجر فقط - الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار فإنه لا يكون قد جمع بالنسبة لمورث الطاعنين بين دعوى الحيازة وبين الدعوى بالحق .

(٢) لما كان تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير قيمة ما يقدم إلى محكمة الموضوع من أدلة هو مما يدخل فى سلطتها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما إنتهى إليه فى مدوناته من أن " المحكمة ترى فى أقوال شهود المستأنف " المطعون ضده الأول " ما يؤكد حيازته المادية للشقة موضوع الدعوى وإقامته أبوابها قبل إستيلاء مورث المستأنف عليهم " الطاعنين " عليها وقت هجوم الأهالى على الشقق بتاريخ . على ما هو ثابت من أوراق الدعوى وكان هذا الذى إنتهى إليه الحكم سائغاً

وله أصل ثابت من الأوراق فإن النعى بهذه الأسباب لا يعدو أن يكون فى حقيقته جدلاً موضوعياً مما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٥١٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١٤) .

(٦)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٥

ملكية " أسباب كسب الملكية : التقادم المكسب " . تقادم " التقادم المكسب " . حيازة .

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف . عدم سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق من باع له .

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفة لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لإكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف .

(الطعن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١٥) .

(٧)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢

(١ـ٣) دعوى " مسائل تعترض سير الخصومة : سقوط الخصومة " . نقض " النقض والإحالة : أثر نقض الحكم " . تجزئة . إستئناف " سقوط الخصومة فى الإستئناف " .

(١) نقض الحكم . أثره . متابعة السير فى الخصومة . سبيلة تعجيل الدعوى أمام محكمة الإحالة بتكليف بالحضور يعلن إلى الطرف الآخر خلال سنة من تاريخ حكم النقض . إغفال ذلك . أثرهُ . سقوط الخصومة . لكل ذى مصلحة التمسك به بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع .

(٢) سقوط الخصومة ، قابليته للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة فإن سقوطها بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للباقى م ١٠٦ مرافعات .

(٣) سقوط الخصومة فى الإستئناف . أثره صيرورة الحكم المستأنف نهائياً طالما لم تتناوله محكمة الإستئناف بالتعديل أو الإلغاء قبل سقوطها . م ١/١٣٨ مرافعات .

١ـ المقرر ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن نقض الحكم لا ينشىء خصومه جديدة بل هو يزيل الحكم المنقوض فإن صدر لصلحة المستأنف ذلك الحكم وجب عليه إذا ما أراد متابعة السير فى الخصومة أمام محكمة الإحالة أن يعالجها خلال سنة من تاريخ صدور حكم النقض فتستأنف الدعوى سيرها بتكليف بالحضور يعلن بناء على طلبه إلى الطرف الآخر ، فإن أهمل القيام بهذا الإجراء كان لكل صاحب مصلحة التمسك بسقوط الخصومة إما بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع أمام تلك

المحكمة وتبدأ مدة السقوط فى هذه الحالة من تاريخ صدور حكم النقض بإعتباره أنه آخر إجراء صحيح فى الدعوى .

٢ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة ـ إن الخصومة فيما يتعلق بسقوطها وفقاً لنص المادة ١٣٦ من قانون المرافعات قابلة للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة إذ فى هذه الحالة يترتب على سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم سقوطها بالنسبة للباقين .

٣ـ مفاد نص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات أنه يترتب على القضاء بسقوط الخصومة فى الإستئناف يصبح الحكم المستأنف نهائياً مادام أنه بقى على حاله ولم تتناوله محكمة الإستئناف بأى تعديل أو إلغاء قبل سقوط الخصومة .

(الطعن رقم ٢٤٤٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢) .

(٨)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢

(١) عقد " تفسير العقود " ، محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع فى العقود " .

محكمة الموضوع ، سلطتها فى تفسير المستندات وصيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود عاقديها دون رقابة من محكمة النقض . شرطه .

(٢) شفعة . بيع "بيع الحصة الشائعة " شيوع . " إسترداد الحصة الشائعة " .

ـ إسترداد الحصة الشائعة التى باعها شريك لأخر أجنبى حق للشريك على الشيوع . إقتصاره على المنقول الشائع القائم بذاته أو مجموع من المال ولو اشتمل على عقار . العقار الشائع المعين بالذات . محل لحق الشفعة وليس لحق الإسترداد ولو كان سبب الشيوع هو الميراث . م ١/٨٢٣ مدنى .

١ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير المستندات وصيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود العاقدين وإستخلاص ما يمكن إستخلاصه منها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذى حصلته منها :

٢ـ النص فى المادة ١/٨٣٣ من القانون المدنى على أن « للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة » يدل على أن نطاق حق الشريك فى الشيوع فى إسترداد الحصة الشائعة التى باعها شريك أخر لأجنبى لا يرد إلا فى نقول شائع قائم بذاته أو فى مجموع من المال ولو إشتمل هذا المجموع على عقار ، إما العقار الشائع المعين بالذات فلا يكون محلاً لحق الإسترداد وإنما هو محل لحق الشفعة حتى ولو كان سبب الشيوع فى العقار هو الميراث .

(الطعن رقم ٨٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢).

(٩)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣

(١) إختصاص " إختصاص محلى " . دعوى " الخصوم فى الدعوى ".

تحديد المدعى عليه فى الدعوى . مناطه . أن تكون وجهت إليه طلبات فيها . تعدد المدعى عليهم فى الدعوى تعدداً حقيقياً على إختلاف مراكزهم القانونية فيها . أثره . للمدعى رفع الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم سواء كان مسئولاً بصفة أصلية أو ضامناً . علة ذلك .

(٢) تعويض . مسئولية " مسئولية تقصيرية " إساءة إستعمال حق التقاضى ." الإبلاغ عن الجرائم".

إبلاغ السلطات المختصة . من المباحات .

مساءلة المبلغ . شرطه . ثبوت كذب البلاغ وتوافر سوء القصد أو صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم إحتياط .

(٣)مسئولية " مسئولية تقصيرية " . محكمة الموضوع . نقض " سلطة محكمة النقض " .

محكمة الموضوع . سلطتها . إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية متى كان سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى . تكييف الفعل بأنه خطأ من عدمه . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(٤) حكم " حجية الحكم : قرارات لا حجية لها : قرارات سلطات التحقيق ". نيابة عامة " قرارت سلطات التحقيق ".

الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق . لا حجية لها أمام القاضى المدنى . علة ذلك .

(٥) حكم " الفساد فى الإستدلال " . نقض " الفساد فى الإستدلال : ما يعد كذلك " القصور فى التسبيب : ما يعد كذلك ".

إستناد الحكم إلى قرينة ضمن قرائن أخرى معينة . إستدلاله بها مجتمعة دون بيان أثر كل منها وتكوين عقيدة المحكمة . فساد فى الإستدلال وقصور فى التسبيب .

(٦) إثبات " القرائن " . محكمة الموضوع .

محكمة لموضوع سلطتها فى إستنباط القرائن . شرطه . أن يكون سائغاً .

(٧، ٨) مسئولية " مسئولية تقصيرية " . أسباب الإباحة " إساءة إستعمال الحق . تعويض .

(٧) إطاعة القانون من أسباب الإباحة . م ٦٣ عقوبات . شرطه . أن يكون مطابقاً للقانون .

(٨) مساءلة الموظف لإساءة إستعمال حقه . شرطه . إنحرافه فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه بقصد الإضرار بالغير لأغراض نابيه عن المصلحة العامة .

١ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده إستهداء بقصد المشرع منه لما فى ذلك من

إستحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل . ولما كان النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن " وإذا تعدد المدعى عليهم كان الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم " قد ورد فى عبارة عامة مطلقة بحيث يتسع لكافة المدعى عليهم المتعددين فى الخصومة تعدداً حقيقياً ، والمقصود بهم هؤلاء الذين وجهت إليهم طلبات فى الدعوى لا أولئك الذين اختصموا ليصدر الحكم فى مواجهتهم أو لمجرد المثول فيها . فمن ثم يجوز للمدعى طبقاً لهذا النص رفع الدعوى على المدعى عليهم المتعددين تعدداً حقيقياً على إختلاف مراكزهم القانونية فيها أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم سواء كان مسئولاً بصفة أصلية أو ضامناً دون قيد أو تخصيص ، ولا محل للقول بقصر تطبيق حكمة على فئه المدعى عليهم المتساوين فى المراكز القانونية فى الدعوى دون سواهم أو تغليب موطن المسئول الأصلى على موطن الضامن له عند تحديد المحكمة المختصة محلياً لما ينطوى عليه ذلك القول من تقييد لمطلق النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز.

٢ـ النص فى المادتين ٢٥ ، ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم التى يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى أو طلب يعتبر حقاً مقرراً لكل شخص وواجباً على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ، ومن ثم فإن إستعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا تترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنكاية بن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم إحتياط ، إما إذا تبين إن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذى أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه .

٣ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وإن كان يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط أن يكون إستخلاصها سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى ، كما أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه من المسائل التى يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض وتمتد هذه الرقابة إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة إستخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التى كان لها أثر فى تقدير الخطأ وإستخلاصه .

٤ـ من المقرر أن القرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تفصل فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة وإنما تفصل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل فى موضوعها ، ومن ثم فلا تكتسب تلك القرارات أية حجية أمام القاضى المدنى .

٥ـ لا يقيل الحكم من عثراته ويذهب عنه فساده إعتبار مبرر حفظ الشكوى مجرد قرينة

طالما كانت هذه القرينة ضمن القرائن الأخرى المعيبة السالفة التى إستدل بها الحكم مجتمعة على خطأ الطاعن وكان لا يبين أثر كل واحدة من هذه القرائن فى تكوين عقيدة المحكمة ، لما كان ذلك وكان الحكم قد أغفل دفاع الطاعن الذى ضمنه مذكرته المقدمة لمحكمة الإستئناف بتاريخ ١٩٨٤/٣/٣ بشأن صحة بلاغة وحسن نيته وما إستدل به على ذلك مع كونه دفاعاً جوهرياً فيكون قد عابه فضلاً عن الفساد فى الإستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق القصور فى التسبيب .

٦ـ الأصل فى إستنباط القرائن أنها من إطلاقات محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون إستنباطها سائغاً وإن يكون إستدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التى بنى عليها قضاءه .

٧ـ إطاعة القانون طبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون العقوبات من أسباب الإباحة التى لا توجب أية مسئولية جنائية كانت أو مدنية قبل من أطاعه ، فإذا ما عهد القانون بإختصاص معين لموظف فإن ما يصدر عنه من عمل فى نطاق ذلك الإختصاص يكون مباحاً طالما كان مطابقاً للقانون .

٨ ـ من المقرر أن إساءة الموظف إستعمال حقه تقتضى قيام الدليل على أنه إنحرف فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم يتصرف التصرف الذى إتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نائية عن المصلحة العامة ، فإذا إنتفى ذلك القصد وتبين للقاضى أن العمل الذى أتاه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة فلا ينصح القول بإنه إساءة إستعمال حقه .

(الطعون أرقام ١٦٩٧ ، ١٧٢٣ ، ١٧٦٠ ، ١٧٦٢ ، ١٧٧٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٥

محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى مسائل الواقع " . حكم " تسبيب الحكم " . دعوى .

تحصيل فهم الواقع فى الدعوى . من سلطة قاضى الموضوع . شرطه .

تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وإن كان من شأن قاضى الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون إستخلاصه سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٤ق ـ جلسة ١٩٨٩/٢/٢٥)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٨

نقض " أثر نقض الحكم " . إستئناف " سلطة محكمة الإحالة " تعويض " تقديره " .

دمج الضررين اللذين لحقا بالوارث والمورث عند القضاء بالتعويض دون تخصيص لمقدار كل منهما . لا يؤثر فى أن كل عنصر منهما كان له حسابه فى تقدير التعويض . نقض الحكم لعدم جواز التعويض عن أحد العنصرين . يوجب على

محكمة الإحالة خصم ما يقابله من تعويض . مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .

لما كان دمج الضررين اللذين لحقا بالوارث والمورث عند القضاء بالتعويض عنهما بعد تخصيص لمقداره عن كل منهما ، لا يحول دون قيام حقيقة أن كل عنصر منهما كان له حسابه فى تحديد مقدار التعويض المقضى به ، فإذا نقض الحكم لهدم جواز القضاء بالتعويض عن أحد هذين العنصرين وجب على محكمة الإحالة إن تخصم ما ترى أن يقابله من مقدار التعويض المقضى به وإلا كان قضاءوها مخالفاً للقانون ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٩١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٨٩/٢/٢٨)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/٣/١

عقد " فسخ العقد " محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى العقود " أسباب الفسخ ، تقدير كفايتها من عدمه . من سلطة محكمة الموضوع شرطه .

تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ هو من سلطة محكمة الموضوع متى كان إستخلاصها سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٩٧٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١).

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/٣/٨

(١) دعوى " التدخل فى الدعوى : التدخل الخصامى " . صلح .

طلب الخصوم الأصليون إنهاء النزاع صلحاً وإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة . التدخل خصامياً بطلب الحكم بحق مرتبط بالدعوى الأصلية . أثره . عدم قبول الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل . علة ذلك .

(٢) دعوى " التدخل فى الدعوى : التدخل الخصامى " . محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى التدخل فى الدعوى ".

تقدير توافر الإتباط بين طلب التدخل الخصامى والطلب الأصلى من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . مثال .

(٣) محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى مسائل الواقع". تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة . من سلطة محكمة الموضوع حسبها أن تبين الحقيقة التى أقتنعت بها وأن تورد دليلها وأقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(٤) دعوى " تكييف الدعوى ".

تكييف الدعوى . العبرة فيه بحقيقة المقصود من الطلبات لا بألفاظها . مثال .

١ـ الثابت من الأوراق أن الدعوى أمام

محكمة أول درجة تتحصل فى شقها الأول فيما طلبه الطاعنون من حقهم فى الإنتفاع بالمدفن محل النزاع ومنع تعرض المطعون عليها الأولى وفى شقها الثانى فيما طلبته المطعون عليها الثانية ـ المتدخلة فى الدعوى ـ من رفض الدعوى بالنسبة للمقبرة رقم ٣٤/١٠ وعدم الإعتداد بعقد الصلح المشار إليه كما تتحصل فى أن طرفى الشق الأول من الدعوى وهم الخصوم الأصليون فيها قد أنهوا النزاع المتعلق بالإنتفاع بمقابر المدفن صلحاً وطلبوا إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة رغم قيام طلب التدخل بشأنه أمام محكمة وإذ كانت طلبات المتدخله على هذا النحو تعد تدخلاً خصامياً تطلب به المتدخله لنفسها حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية فقد تعين عدم قبول الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل لأن الحكم الذى يصدر بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة دعوى المتدخلة .

٢ـ تقدير توافر الإرتباط بين طلب التدخل الخصامى والطلب فى الدعوى الأصلية من عدمه ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها مأخذها من الأوراق بما يكفى لحمله .

٣ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها وحسبها أن تبين الحقيقة التى أقتنعت بها وأن تورد دليلها ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها مأخذها من الأوراق بمايكفى لحمله .

٤ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العبرة فى تكييف الدعوى هى بحقيقة المقصود من الطلبات فيها لا بألفاظ التى صيغت بها هذه الطلبات .

(الطعن رقم ٢٠٠٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٨)

(١٤)

جلسة ١٩٨٩/٣/٨

(١) إثبات "طرق الإثبات : اليمين الحاسمة ". محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى اليمين الحاسمة ".

اليمين الحاسمة . جواز توجيهها فى واقعة قانونية دون مسألة قانونية . علة ذلك . توجيه اليمين بصفة تتعلق بالطبيعة القانونية للقضاء وما إذا كانت ثمة فوائد مستحقة ومقدارها وتاريخ إستحقاقها . من مسائل فى تطبيق القانون .

(٢) أوراق تجارية " الشيك ".

الشيك . الأصل فيه أن يكون مدنياً . عدم إعتباره ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

(٣) فوائد الفوائد القانونية " أمر أداء " .

الفوائد القانونية . الأصل سريانها من تاريخ المطالبة .م ٢٢٦ مدنى . الإستثناء . أن يحدد الإتفاق أو العرف أو ينص القانون على غير ذلك .

(٤) أمر أداء " طلب الأمر ، التكليف بالوفاء ". دعوى " صحيفة الدعوى عريضة إستصدار أمر الأداء . بديل لصحيفة الدعوى . التكليف بالوفاء . أمر سابق عليها وشرط لصدور الأمر ، عدم إعتباره من قبل المطالبة القضائية .

(٥) فوائد " الفوائد القانونية " . إلتزام .

تأخر المدين فى الوفاء . أثره . إلزامه بالفوائد القانونية ما لم تثبت نيته وترتب عليها إلحاق ضرراً إستثنائياً بالدائن . مدنى .

١ـ إنه وإن كانت اليمين الحاسمة ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ملكاً للخصوم وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا أنه لا يجوز أن توجه إلا فى واقعة قانونية لا فى مسألة قانونية ، ذلك أن إستخلاص حكم القانون من شأن القاضى وحده لا من شأن الخصوم وإذ كان الثابت فى الدعوى أن صيغة النص الحاسمة التى طلب الطاعن توجيهها إلى المطعون عليه هى بالله العظيم أن المستأنف لا يستحق تعديل الحكم المستأنف إلى قبول جميع طلباته بقيمتها الواردة فى ختام صحيفة الإستئناف « وهى التى تتعلق بطبيعة الشيك القانونية وما إذا كان ثمة فوائد مستحقة ومقدارها وتاريخ إستحقاقها وكلها من مسائل القانون » فإن الحكم المطعون فيه إذا رفض توجيه اليمين يكون قد إلتزم صحيح القانون .

٢ـ الأصل فى الشيك ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن يكون مدنياً ولا يعتبر ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

٣ـ الأصل طبقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الإتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها أو بنص القانون على غير ذلك .

٤ـ العريضة التى تقدم لإستصدار أمر الأداء هى البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء إما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة بل هو إجراء سابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضائية .

٥ـ المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرراً إستثنائياً بالدائن وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدنى .

(الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٨) .

(١٥)

جلسة ١٩٨٩/٣/٩

١ـ حكم " تسبيب الحكم " عيوب التدليــل "

" ما يعد قصوراً ". إغفال الرد على الدفاع الجوهرى المؤثر فى النتيجة التى إنتهت إليها الحكم قصور.

٢ـ شفعة . بيع . تسجيل عقد البيع غير المسجل . منتج لآثاره . ثبوت الشفعة فيه .

شفعة " توالى البيوع " . دعوى . بيع . تسجيل . إعلان إلتزام الشفيع فى حالة توالى البيوع بإدخال المشترى الثانى خصماً فى الدعوى متى تم البيع الثانى قبل تسجيل إعلان الرغبة . مؤدى ذلك . وجوب توجيه طلب الشفعة إلى طرفى البيع الثانى ، لا يغير من ذلك سبق إختصام المشترى الأول فى الدعوى فى البيع الأول . علة ذلك . توجيه إعلان الرغبة بإعلان رسمى فى موطنهما ولو كان مختاراً وإلا كان باطلاً . م ٩٤٠ ، ١/٩٤٢ مدنى . ثبوته من واقع الورقة المثبته له أو صورتها .

(١) إغفال الرد على أوجه دفاع الخصم لا يعد من قبيل القصور إلا إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهى إليها .

(٢) من المقرر أن البيع ولو وقع من مشتر لم يسجل عقد شرائه هو بيع قائم ومنتج لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع إستوفى أركانه .

(٣) يدل النص فى المادة ٩٣٨ من القانون المدنى ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ على أنه يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً لما جرى به نص هذه المادة ضد المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، وذلك لزوال قابلية البيع الأول للأخذ فيه بالشفعة ، والتالى صار متعيناً على الشفيع أن يوجه طلبه إلى طرفى البيع الثانى وبشروط هذا البيع ، فيصبح الخصوم فيه هما البائع فى هذا العقد أى المشترى الأول والمشترى الثانى لا يغير من ذلك أن يكون المشترى الأول قد سبق إختصامه فى الدعوى فى البيع الأول قبل توجيه طلب الشفعة فى البيع الثانى وذلك لزوال ذلك البيع بحصول الثانى ، ويكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لكل من المشترى والبائع إعلاناً رسمياً على يد محضر وإلا كان باطلاً كما تنص بذلك صراحة المادتان ٩٤٠ ، ١/٩٤٢ من القانون المدنى ويوجه إلى موطن كل منهما إلا إذا كان أيهما قد أتخذ موطناً مختاراً له فيجوز إعلان الرغبة فى هذا الموطن ، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها .

(الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

(١٦)

جلسة ١٩٨٩/٣/١٥

(١) حجز " الحجز التحفظى ". تنفيذ" قاضى التنفيذ ". قاضى التنفيذ . إختصاصه وحده بالأمر

بالحجز فى الحالات التى يلزم إذن القضاء لتوقيعه . الإستثناء إختصاص رئيس الهيئة التى تنظر دعوى أصل الحق وقاضى الأداء عند توافر شروط أمر الأداء المادتان . ٢١٠ , ٤/١٣٩ مرافعات .

(٢) إثبات " طرق الإثبات : التحقيق " . بطلان . " بطلان الإجراءات ". محكمة الموضوع : " سلطة محكمة الموضوع : فى التحقيق". رجاء المحكمة سماع شهود النفى لجلسة أخرى غير التى سمع فيها شهود الإثبات . لا بطلان . شرطه . وجود مانع يحول دون سماعهم فى ذات الجلسة . تقدير المانع من سلطة محكمة الموضوع دون معقب .

(٣) نقض " أسباب الطعن ". حكم " الحكم الإستئنافى " . النعى على ما ورد بالحكم الإبتدائى ولم يأخذ به الحكم الإستئنافى الذى أحال على أسبابه . غير جائز أمام محكمة النقض .

(٤) تعويض " التعويض المادى ". حكم . الحكم بإلزام الطاعن بالتعويض عن الإضرار المادية والأدبية وبتقييم منقولات الزوجية أو دفع قيمتها . لا زواج فيما قضى به من تعويض مادى . علة ذلك .

١ـ لما كان قاضى التنفيذ هو المختص وحده بإصدار الأمر بالحجز فى الحالات التى يلزم إذن القضاء بتوقيعه ، ولا يستثنى من ذلك إلا ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة ٣١٩ من قانون المرافعات من إختصاص رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى المرفوعة بأصل الحق، وما تنص عليه المادة ٢١٠ من القانون المذكور من إختصاص قاضى الأداء إذا توافرت شروط إستصدار أمر الأداء ، وكان الثابت فى الدعوى أنها رفعت بطلب تسليم منقولات معينة بذاتها وهو ما لا يتوافر بشأن شروط إستصدار أمر الأداء فإن قاضى التنفيذ يكون هو المختص وحده بإصدار الأمر بتوقيع الحجز التحفظى على تلك المنقولات لما كانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة لا يترتب البطلان بغير نص صريح إلا إذا شاب الإجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه ، وكان النص فى المادة ٧٥ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٨ على أنه لا يجوز بعد إنقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم وهو نص تنظيمى لا يترتب البطلان على مخالفته ، فإنه يعتد بالتحقيق الذى يتم بعد إنتهاء الميعاد طالما سمع شهود الطرفين ، وتحققت الغاية من الإجراء ، وإذ كان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من قانون الإثبات على أن يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جمع شهود الإثبات والنفى فى الميعاد ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع ، يدل على أنه وإن كان الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات إلا أن هذا ليس أمراً حتمياً يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى إجراء التحقيق فلها أن ترجىء سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التى سمع فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع ، وتقدير المانع يدخل فى نطاق سلطة المحكمة الموضوعية بلا معقب عليها لما كان النعى موجهاً إلى ما ورد

بالحكم الإبتدائى الصادر فى ... فيما لم يأخذ به الحكم الإستئنافى الذى أحال على أسباب الحكم المستأنف الصادر فى ... فلا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

٤ـ البين من مدونات الحكم الإبتدائى المحال على أسبابه من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بإلزام الطاعن الأول بالتعويض المقضى به عن الأضرار المادية والأدبية التى لحقت بالمطعون عليها والتى تتمثل فى حرمانها من إستعمال منقولاتها وما أصابها من حزن من جراء خطأ الطاعن الأول المتمثل فى تبديده لتلك المنقولات وهى أمور حسمها الحكم الجنائى البات الصادر فى الجنحة رقم (٢٢) سنة ١٩٨٢ مستأنف المنصورة وإذ كان قضاء الحكم المطعون فيه بهذا التعويض مع إلزام الطاعن الأول بتسليم المنقولات ودفع قيمتها لا يمثل إزدواجاً فى التعويض المادى المقضى به ، فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس .

(الطعن رقم ١٧٠٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٥)

(١٧)

جلسة ١٩٨٩/٣/١٥

(١) دعوى " مسائل تعترض سير الخصومة : إعتبار الدعوى كأن لم تكن ". محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع ". إستئناف " سلطة محكمة الإستئناف ".

الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن وفقاً للمادة ١٩ مرافعات جوازى . سلطة تقديره لمحكمة الموضوع . إلتزام محكمة الإستئناف بمراجعة تقديرها فى هذا الشأن .

(٢) حكم " تسبيب الحكم ". نقض.

إستطراد الحكم إلى ما يستقيم بدونه . لا عيب .

١ـ مفاد نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ أن الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن هو أمر جوازى لمحكمة الموضوع يرجع فيه إلى تقديرها ، وعلى محكمة الإستئناف مراجعة محكمة الدرجة الأولى فى تقديرها له.

٢ـ إذ أفصح الحكم الإبتدائى المؤيد فى نتيجة بالحكم المطعون فيه بأسبابه بأن القضاء بإعتبار الدعوى كأن لم تكن يغنى المحكمة عن نظر الموضوع ، فلا يعيبه ما إستطرد إليه فى خصوص الدفع بعدم قبول الدعوى إذ يستقيم الحكم بدونه .

(الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٥)

(١٨)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢

(١ ، ٢) حكم " الطعن فيه : الأحكام غير الجائز الطعن فيها " . نقض " حالات الطعن ". إختصاص " الإختصاص القيمى ".

عدم جواز الطعن على إستقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم المنهى لها . الإستثناء . م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك .

القضاء بإلغاء الحكم المستأنف الصادر بعدم إختصاص المحكمة الإبتدائية فيما ينظر الدعوى والإحالة وبإختصاصها بنظرها ليس من الأحكام المستثناه كما لا تنتهى به الخصومة . أثـره . عدم جواز الطعن عليه بالنقض على إستقلال .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة ٢١٢ من قانون المرافعات إذ نصت على أن " لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى " فإن مفاد ذلك . وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون ـ أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على إستقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى ، أو التى تصدر فى شق من الدعوى وتكون قابلة للتنفيذ الجبرى المشرع فى ذلك هو الرغبة فى منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم مما يؤدى إلى تعويق الفصل فى موضوع الدعوى وما يترتب على ذلك من زيادة نفقات التقاضى ، وإن الخصومة التى ينظر إلى إنتهائها أعمالاً لهذا النص هى الخصومة الأصلية المردده بين طرفى التداعى وإن الحكم الذى يجوز الطعن فيه تبعاً لذلك هو الحكم الذى تنتهى به الخصومة الأصلية برمتها وليس الحكم الذى يصدر فى شق منها أو مسألة عارضة عليها أو متصلة بالإثبات فيها ولا يعتد فى هذا الصدد بالخصومة حسب نطاقها الذى رفعت به أمام محكمة الإستئناف .

لما كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف القاضى بعدم إختصاص المحكمة الإبتدائية فيما بنظر الدعوى ـ وبإختصاصها بنظرها وإحالتها إليها للفصل فى موضوعها ـ فإن هذا القضاء لا تنتهى به الخصومة الأصلية المرددة بين أطراف الدعوى والتى تعلق النزاع فيها بمدى أحقية المطعون عليها الأول والثانى فى أخذ العقار محل النزاع بالشفعة ولا يندرج ضمن باقى الأحكام التى إستثنتها على سبيل الحصر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بالنقض إستقلالاً .

(الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢).

(١٩)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٣

(١ ، ٢) نقض " أسباب الطعن : السبب المتعلق بالنظام العام ". نظام عام " المسائل المتعلقة بالنظام العام ". دعوى . بطلان .

(١) الأسباب المتعلقة بالنظام العام . لمحكمة النقض التصدى لها من تلقاء نفسها . ولو لم ترد فى صحيفة الطعن .م ٣/٢٥٣ مرافعات .

(٢) الأحكام المتعلقة بولاية القاضى النظر فى القضايا والفصل فيها من النظام العام . جزاء مخالفتها . بطلان الإجراءات بما فى ذلك الحكم الصادر فى الدعوى . أثر ذلك .

(٣) وصية . حكم " إصدار الحكم ". قضاء . دعـــوى.

القضاء على المسلم . حظر توليه على غير المسلم . علة ذلك . نطاقه . الدعاوى الأصلية التى تسرى على الخصومة فيها أحكام الشريعة الإسلامية وسائر المنازعات المتفرعة عن دعاوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة يوجب القانون بشأنها تطبيق أحكام هذه الشريعة . إقتصاره على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة . مجرد إشتراك القاضى غير المسلم فى تلاوة الحكم . خروجه عن نطاق هذا الحظر ، علة ذلك .

النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات يدل على أن لمحكمة النقض أن تثير من تلقاء نفسها الأسباب بالنظام العام ولو لم ترد فى صحيفة الطعن .

٢ـ إذ كانت الأحكام المتعلقة بولاية القاضى النظر فى القضايا والفصل فيها تتعلق بأصل أساسى من أصول التقاضى من النظام العام والتى يترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات بما فيها الحكم الصادر فى الدعوى ، فإنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان فى أية حالة كانت الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣ـ إذ كان من المقرر لما توجبه المادة ٩١٥ من القانون المدنى سريان أحكام الشريعة الإسلامية على الوصية وما قنن من أحكامها فى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وكان من الأصول المقررة التى إتفق عليها الإجماع فى الشريعة الإسلامية إستمداداً من الكتاب والسنة أنه يشترط فى ولاية القاضى الذى يفصل فى أنزعة المسلمين توافر شروط معينة أولها وعمدتها الإسلام فهى تحظر على غير المسلم ولاية القضاء على المسلم لإنتفاء هذه الولاية شرعاً ، وهو حظر مطلق شامل للدعاوى الأصلية التى تسرى على الخصومة المطروحة فيها أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك سائر المنازعات المتفرعة عن دعاوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة يوجب القانون بشأنها تطبيق أحكام هذه الشريعة . وهذا الحظر ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ يتحقق عند الفصل فى الخصومة لأن هذا الفصل هو مناط تمكن الولاية فيخرج من نطاقه مجرد إشتراك القاضى غير المسلم فى الهيئة التى نطقت بالحكم بدلاً عن قاضى آخر شارك فى الفصل فى الخصومة وعرض له مانع من حضور تلاوة الحكم إعتباراً بأن المشاركة فى تلاوة الحكم لا تعدو كونها عملاً إجرائياً يحكمه قانون المرافعات والقوانين المكملة له ويختلف فى ذلك عن ولاية الفصل فى خصومة تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية .

(الطعن رقم ٢٤٧٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٣)

(٢٠)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨

إثبات " اليمين الحاسمة " . " الدفع بالجهالة ". محكمة الموضوع " تقدير الدليل ".

إستخلاص كيديه اليمين الحاسمة أو عدم جدية الدفع بالجهالة . من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . أن يكون سائغاً له أصل ثابت فى وقائع الدعوى ومستنداتها . إستخلاص المحكمة كيدية اليمين بشأن حقيقة مضمون العقد وكيدية دفع

الطاعنين بجهالة بصمة الختم المنسوبة لمورثتهما من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمتها على ورقة النزاع . خطأ فى القانون وفساد فى الإستدلال . علة ذلك .

مناط السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فى إستخلاص كيدية اليمين الحاسمة ومنع توجيهها ، أو إستخلاص عدم جدية الدفع بالجهالة ورفضه دون تحقيق صحة التقويع المنسوب للمورث ، أن يكون هذا الإستخلاص سائغاً وله أصل ثابت فى وقائع الدعوى ومستنداتها ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد إستخلص من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمتها على الورقة محل النزاع أن اليمين الحاسمة طلبت توجيهها إلى المطعون ضده ـ بشأن حقيقة مضمون هذه الورقة وقبضها الثمن المبين فيها ـ يمين كيدية ، وإن دفع الطاعنتين بالجهالة بالنسبة لبصمة الختم المنسوبة لمورثتهما على العقد دفع غير جدى ، وأخذ بالعقد بناء على ذلك ، دون توجيه اليمين الحاسمة ولا يمين عدم العلم ، ودون تحقيق بصمة الختم المنسوبة للمورثة عليه ـ فى حين أن إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمة أصبعها على ورقة العقد وإن كان يكفى حجة على إنها إرتضت مضمون هذه الورقة والتزمت به إلا أنه ـ وقد إدعت أنه مختلس منها غشاً ـ لا يبرر مصادرة حقها فى إثبات هذا الإدعاء ، ولا يفيد أنها متعسفة فى إستعمال حقها هذا بالإحتكام إلى ذمة أخيها باليمين الحاسمة ، كما أنه لا يدل بحال على صحة بصمة الختم المنسوب للورثة لإختلاف الأمرين وعدم ترتب أحدهما على الآخر ـ فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وأقام قضاءه على إعتبارات غير سائغة وليس من شأنها أن تؤدى إلى ما إنتهى إليه وشابه بذلك فساد فى الإستدلال .

(الطعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨)

المحاماة ...

إن المحاماة خلق . ونجدة ، وشجاعة ، وثقافة ، وتفكير ، ودرس ، وتمحيص ، وبلاغة ، وتذكير ، ومثابرة ، وجلد ، وثقة بالنفس ، وإستقلال فى الرأى والحياة ، وامانة وإستقامة ، وإخلاص فى الدفاع .

المغفور له الأستاذ الجليل

عبد الرحمن الرافعى نقيب المحامين الاسبق


أبحاث

نحو تطبيق الشريعة الإسلامية

للسيد الدكتور
محمد كامل عبيد
كلية الحقوق - فرع بنى سويف

* إن السبيل القويم إلى عدالة حقة فى مصر الإسلامية هو الحكم بما أنزل الله ، وأن الإصلاح الجذرى لشئون التشريع والقضاء وحل مشكلاتهما يتمثل - من وجهة نظرنا - فى العناية بالشريعة الاسلامية دراسة وتشريعاً وحكماً وتطبيقاً ، ففى ذلك تحقيق لوحدة المنهج التشريعى والسياسة التشريعية ، والتكامل بين التشريع من ناحية وبين العقيدة والقيم والأخلاق من ناحية أخرى [1] .

* واتساقاً مع ذلك يتعين علينا - بادئ ذى بدء - إبراز المعطيات الأساسية التالية :

(١) إن تقنين الشريعة الإسلامية والحكم بها ليس أمراً إختيارياً نأخذ به أو نتركه ، نعمله أو نهمله بل هو أمر ضرورى ولازم وحيوى ، يلزمنا به ديننا الحنيف ، وتقتضيه صوالح مجتمعنا ، لأن صلاح أمورنا - فيما قرره القرآن الكريم - مرهون بالعمل بالشريعة وبالأخذ بالحل الإسلامى الشامل .

* يقول الحق تبارك وتعالى فى محكم آياته :

- « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ، وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس ، وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب إن الله قوى عزيز » .

(سورة الحديد - الآية رقم ٢٥)

- « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً »

(سورة النساء - الآية رقم ١٠٥)

- « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » .

(سورة المائدة - الآية رقم ٤٤)

- « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » .

(سورة المائدة - الآية رقم ٤٥)

- « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون »

(سورة المائدة - الآية رقم ٤٧)

- « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك » .

(سورة المائدة - الآية رقم ٤٩)

- « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » .

(سورة الجاثية - الآية رقم ١٨)

- « أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزى فى الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب » .

(سورة البقرة - الآية رقم ٨٥)

(٢) إن الشريعة الإسلامية الغراء تحفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والعرض ، والمال ، وتقيم موازين العدل ، وتحمى حرية الإنسان .

(٣) إن الشريعة ليست تاريخ حضارة بادت أو تراث أقوام ماضين ، بل هى نظام صالح للحياة وللتطبيق فى كل مكان وفى كل زمان ، إذ تشتمل على أصول عامة وأحكام لا تقبل التغيير والتبديل قطعية الثبوت والدلالة ولا مجال للاجتهاد فيها ، وأخرى اجتهادية متروكة لإجتهادات العلماء الراسخين فى العلم إما لأنها ظنية الثبوت أو لكونها ظنية الدلالة ، ومن هنا فإنها تتغير بتغير المكان والزمان الأمر الذى أدى إلى تعدد المذاهب الإسلامية بل والآراء داخل المذهب الواحد ، وهو ما يكفل لأحكام الشريعة الغراء المرونة والحيوية والسعة والقدرة على مواجهة ما يجد فى المجتمع من تطورات فكرية وسياسية واجتماعية واقتصادية ، أمكن معها القول بأنها صالحة لكل زمان ومكان .

(٤) إن أهم خصائص الشريعة الغراء تكامل قواعدها وارتباطها بالدين واتصالها بالعقيدة ومبادئ الأخلاق والقيم والآداب الإسلامية .

(٥) إن ارتباط القاعدة القانونية الإسلامية بالعقيدة وأخلاق وقيم وآداب الإسلام ، من شأنه أن يمكن لهذه القاعدة فى نفوس المخاطبين بأحكامها ، وأن يعزز من مكانتها فى قلوبهم وأن يدعوهم إلى إحترامهما ، وأن يقلل من جسارتهم على مخالفتها والتحايل عليها والتهرب منها.

(٦) إن الحقيقة الثابتة التى لا تغيب عن أحد ، هى أن فلسفة التشريع الوضعى تختلف اختلافاً جذرياً عن فلسفة التشريع الإلهى فالأولى أصولا وفروعاً هى من وضع البشر ناقصة بنقص واضعيها ، خاضعة بأكملها لمشيئتهم يعدلون فيها ويغيرون كيف شاءت لهم الأهواء ، وتختلف عن ملاحظة تطورهم دوماً ، وتتبدل وفقاً للظروف السائدة فى المجتمع الذى تحكمه ولا تصلح لمجتمع آخر له سماته الخاصة به ، أما الثانية فهى سامية كاملة لكونها من لدن الحكيم الخبير ، وهى الأصل الثابت لكل ما ينبنى عليها أو يتفرع منها وضعت لتقوم اعوجاج البشر على إختلاف مشاربهم ، لا تتبدل ولا تتغير بتغير الأهواء ولكنها بل إنها تخضع الأهواء وفقاً للحكم الآلهى .

(٧) إن أحكام الشريعة تقوم على أسس منطقية ، وأهدافها وأغراضها سامية ، ووسائلها عادلة وإنسانية وراقية ، ولهذا تتسع أحكامها لغير المسلمين . فسماحتها لا تظلم أولئك ولا هؤلاء ... بل تشملهم بالرعاية والعناية والعدل وتحفظ حقوقهم وتصون مصالحهم ، وكان من شأن سماحتها أن سادت أحكامها قروناً تمتع خلالها المسلمون وغير المسلمين بالحرية والمساواة وتحققت للأمة فى ظلالها القوة والمنعة والعزة والازدهار .

(٨) لقد طغى على بلادنا ردحاً طويلاً من الزمان ، الإستعمار العسكرى والسياسى وطغى معه بالضرورة الغزو الفكرى والثقافى والتشريعى ، وظللنا نقيس كثيرا من الأمور بمقاييسه ، حتى رسخ لدينا أن حلوله التشريعية المستوردة جديرة بالتقرير والإحترام ... وقد آن الآوان بعد أن استجمعت البلاد كافة مقدراتها أن يعود الحكم بالقانون الإسلامى بعد أن طال اغترابنا

عـنه ، وأن نتجـه إلى أحـكام التشريع الإسلامى التى تتوافر بذاتها على أسباب الصلاحية ومقومات الجدوى ، فشريعة الإسلام لا تقاس على غيرها بل غيرها هو الذى يقاس عليها ، فهى نظام مستقل بذاته فيه التكامل ومن الشمول مالا يمكن أن يرقى إليه أى نظام وضعى .

(٩) إن القانون فى كل أمة هو أحـد مقاييس حضارتهـا وتقدمها ، وبقدر ما يتوافـر للقانون من أصالة ومن صلاحية لتلبيـة حاجـات الأمـة ، بقـدر ما تـكون طاعتـه والخضوع لأحـكامه والتـزام أوامـره والابتعاد عن نواهيه ...

والقانون فى الأمة الإسلامية أصيل أصالة هذه الأمة ذاتها وقد صلح دائما ـ عبر قرون طوال ـ لتلبية حاجات الأمة التنظيمية والتشريعية ، واتسع فقهه اتساعاً لم تبلغ بعضه النظم القانونية قديمها وحديثها ، وما لجأ إليه المسلمون إلا وجدوا فيه الغناء عن غيره والكفاية عما سواه .

ولقد ساهم قانون الأمة الإسلامية فى صنع حضارة لم تبلغ شأوها قبلها حضارات العالم مجتمعة ، وكان المنهج الاستنباطى والاستقرائى الذى إتبعه فقهاء القانون الإسلامى هو مفتاح المنهج العلمى الحديث الذى قاد الدنيا إلى أرحب آفاق الاختراع والإكتشاف ولم يتخلف المسلمون إلا حين تنكبوا عن منهجهم القديم الذى تثبت الأيام أنه المنهج القويم [٢] .

(١٠) إن واقع حالنا ينطق بأن تخلف المسلمين لم يقتصر على حياتهم المادية فحسب ، بل امتد متجاوزاً الجانب المادى من الحياة ليشمل الجانب القانونى والفكرى ، فنشأت أجيال متتابعة تدين بالإسلام ولا تطبق قانونه ـ بل هى تجهله ـ وتؤمن ببعض الكتاب وتكفر ببعضه حين تهمل تطبيق الشريعة أو تنكر إلزامها وقد أدى هذا الفصام إلى أن أصبحت حياة الأمة القانونية محكومة بقوانين استوردت لها من بلاد الغرب هى التى تجرى معاملات الناس على أساسها وهى التى يتحاكم الناس إليها ، وكانت النتيجة أن بعد شيئاً فشيئاً ما بين المسلمين وما بين نظامهم القانونى حتى رأينا من ينكر صلاحيته للتطبيق ، بل رأينا من ينكر وصفه بأنه نظام قانونى .

وقد آن الأوان لصحوة قوية تعود فيها مرة أخرى جذوة الإيمان بصلاحية الإسلام ـ فى كافة جوانبه ـ لحكم الحياة ، فلا سبيل للعودة إلى حضارة قوية سلفت إلا بعودة ملحة وحثيثة إلى الإحتكام للقانون الإسلامى .

(١١) إن المتتبع لنصوص التشريعات الوضعية فى بلادنا ، يجد أننا لم نتخفف كثيرا من الاحتـلال الفـكرى والتشريعى الذى خلفه الغـزو الاستعمارى الغربى ، فلازالـت النصـوص التشريعية حافلة بإباحة ما حرمه الكتاب والسنة وإجماع فقهاء المسلمين .

ولقـد كان من آثـار هـذا الوضع الشـاذ أن حدث ما يشبه الانفصام بين العقيدة التى يدين بها المصريون وبين ما يحكمهم من تشريعات، وأصبح القاضى وهو بصدد أداء مهمته أمام نصوص تشريعية تتصادم على نحو سافر بالأحكام المستقرة فى الشريعة الغراء ، وأشبه عليه أمره بين قيم معوجة ومعايير

ملتوية ألزمه التشريع الوضعى أن يقضى على هديها أو بالأحرى على ضلالها ، وبين قيم سماوية ومعايير سامية ليس فى مكنته ترسم خطاها ، والقضاء على هداها .

(١٢) إن المشرع الدستورى المصرى حين نص فى المادة الثانية من دستور ١٩٧١ - بعد تعديلها بجلسة مجلس الشعب المنعقدة فى ٣٠ أبريل ١٩٨٠ - على أن « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » لم يكن منشئاً لحقيقة إجتماعية راسخة ، وإنما جاء كاشفاً لها ، لأن مصر دولة إسلامية عريقة بحكم الواقع ، ومن المجافاة للحق وللحقيقة وللمنطق والعقلانية أن تكون هناك دولة إسلامية بغير أن تسود فيها أحكام القانون الإسلامى .

وحقيقة فإن المشرع بهذا النص قد استجاب لدعوة العالمين المخلصين فى مصر وإستجاب لرغبة الجماهير العريضة من أبنائها ، وعندئذ أصبح لزاماً دستورياً على السلطات التشريعية جميعها المنوط بها سن التشريع ، والقضائية المنوط بها تطبيقه ، والتنفيذية المنوط بها تنفيذه أن تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية .

(١٣) إن التزام المشرع وواجبه - على وجه الخصوص - هو الاتجاه إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها ، مع إلزامه بعدم الإلتجاء إلى غيرها ، فإذا لم يجد فيها حكماً صريحاً فإن وسائل إستنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية فى الشريعة الإسلامية تمكنه - ولا شك - من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتى لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية .

* وبعد أن أبرزنا هذه المعطيات ، يحق لنا أن نتساءل ما الذى فعله المشرع المصرى ليعيد به هويته الإسلامية التى طال غيابه عنها ؟!!

لقد شكلت وزارة العدل ، والأزهر الشريف ، ومجمع البحوث الإسلامية ، ووزارة الأوقاف ، والمجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، عديداً من اللجان لتطوير القوانين وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ضمت صفوة مختارة من كبار علماء الشريعة الإسلامية والقانون ورجال القضاء ، ومارست هذه اللجان مهامها ، وبدأت بتقنين الجانب الجنائى من الشريعة الإسلامية فأعدت مشروعات قوانين للحدود والقصاص ، ثم قننت الجوانب المدنية فوضعت مشروعاً للقانون المدنى مستمداً من أحكام الشريعة الغراء ، وأعدت لكل منها مذكرة إيضاحية وقدمت حصيلة أبحاثها إلى مجلس الشعب - بعد أن أقر صياغتها مجلس الدولة - ليتولى مناقشتها وإصدارها .

ولقد كان مأمولا أن يسرع المشرع بمناقشة هذه المشروعات وإقرارها حتى يستقيم المعوج من القوانين الوضعية على هدى مبادئ الشريعة الغراء ، إلا أنه وإلى اليوم لم يخط خطوة واحدة نحو تعديل نص واحد مخالف للشريعة ، وصار الأمر جدلا بين أنصار التدرج فى التطبيق وبين أنصار التطبيق دفعة واحدة ، وتأجلت المناقشات فى المجلس التشريعى من دورة إلى أخرى على إختلاف الأسباب والعلل وتعثرت مشروعات التقنين فلم تر النور حتى الآن .

* إلا أن الأمل الكبير مازال يحدونا في أن يسرع المشرع الخطى على طريق تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، وقد بات عليه أن يصوغ أحكامها بلغة وقواعد العصر وأسلوبه دون حيف على الموضوع ودون تفريط في الأهداف والغايات .

ولا بد أيضا أن يسرع الخطى إلى تطوير تشريعاتنا القائمة بما يتفق مع مبادئ الإسلام الحنيف ، بمراجعتها وتنقيتها مما يتعارض مع هذه المبادئ ، وذلك كله في إطار إلتزامه الدستورى بحكم المادة الثانية من الدستور .

* إن تطبيق الشريعة الإسلامية يجب ألا يقتصر على الأنظمة الجنائية ولا على جوانب من القانون المدنى ، بل لابد وأن يشمل كل مجالات التشريع ، فالإسلام دين ودنيا ، عبادة وعمل ، عقيدة وشريعة ، نظام ومنهاج ، وهو ليس فقط حدوداً وقصاصاً أو بيعاً ووديعة وإيجاراً ، بل هو مجموعة من الأنظمة تحكم مختلف مناحى الحياة والمجتمع ، يتكامل بعضها مع البعض بحيث تكون سياجاً يكفل للأمة قوامها ويصون لها قيمها [٣] .

أما قضية التدرج في التطبيق ، فنعتقد أن مبدأ التدرج في ذاته لا غبار عليه ، غير أن ثمة فارق بين الحديث عن التدرج بقصد الإرجاء ، وبنية التسويف لمجرد الرغبة في تصفية القضية وإغلاق الملف ، وبين تدرج التطبيق الذى يصحبه الإيمان بمبدأ التطبيق ، مع وضع خطة لذلك تحدد الأولويات ، ومع تحديد مدة معقولة يتم خلالها النفاذ .

والأهم من ذلك كله ـ حتى لا تتفرق بنا السبل ـ أن تخلص النيات ، ويتوفر الإيمان ، ويستقر لدى أولى الأمر العزم ، وتزول الشبهات والموانع ، ودور الشعب في ذلك هو دوام المطالبة والتذكرة « وذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين » [٤] .

* أما مجلس القضاء الأعلى فإننا نتصور بيقين أن يكون له دور في تحمل تبعة تطبيق النظام القانونى الإسلامى من خلال مشاركته بقدر كبير ونصيب وافر في حركة التطوير المأمولة ، يؤهله لها تفهمه الواعى لحالة الإنفصام بين العقيدة التى يدين بها المصريون وبين ما يحكمهم من تشريعات ويؤهله لذلك أيضا تفهمه الواعى للحيرة الشديدة والقلق المستبد الذى يصيب القاضى حين تتصادم النصوص في الشريعة الإسلامية الغراء ، ولا يملك إزاء ذلك إلا أن يحكم مجبراً على هدى قيم معوجة ومعايير ملتوية ألزمه بها التشريع الوضعى ، تاركا القيم السماوية والمعايير السامية التى ليس في مكنته أن يترسم خطاها والقضاء على هداها ، وإلا كانت سياط التفتيش القضائى له بالمرصاد .

ومن هنا فإننا نتصور أن على مجلس القضاء الأعلى أن يقول رأيا وأن يتخذ موقفاً من قضية تطبيق الشريعة الإسلامية ، ومهمته في هذا الصدد ينبغى أن تتركز في محور واحد يدور حوله عمل القاضى وفيه ينحو المجلس نحو دراسة التطبيق اليومى والحل العملى لمشكلات الحياة كما تعرض للقضاء .

وبديهى أن القضاء يقوم على تطبيق نوعين من القواعد أولهما موضوعية تحكم كل نزاع على

حده ، وثانيهما إجرائية تحكم عمل المحكمة ذاتها أيا كان نوع النزاع الذى يعرض أمامها .

فاما القواعد الموضوعية ، فما كان منها منصوصا عليه فى الأصول القطعية الورود والقطعية الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية ، فليس للقاضى إلا إعماله على موضوع الدعوى فى حدود قواعد التفسير المقبولة فى النظام القانونى الإسلامى ومالم يكن منصوصا عليه من القواعد الموضوعية فى القرآن الكريم أو السنة النبوية فسبيل القضاء فيه هو سبيل الإجتهاد فى ضوء قواعده التى سلمها المجتهدون من علماء الإسلام جيلا إلى جيل .

أما القواعد الإجرائية فهى فيما عدا أمور معدودة منصوص عليها فى القرآن والسنة ، فلا سبيل إلى التوصل لتحقيق غايات النظام القانونى الإسلامى من خلالها إلا الاجتهاد فى اختيار الأصلح بالنسبة للمسلمين من بين ما توصلت إليه قريحة الإنسان أو هدته إليه تجاربه مما يحفظ حقوق المتقاضين ويصون حرية الفرد ويوازن بين مختلف المصالح وتضارب الغايات فى المجتمع .

* وأخيرا فإن الضمير العام فى مصر مشوق ودائما إلى أن يكون للفكر القانونى المصرى ذاتيته الخاصة ، وهو ما لا يمكن أن يكون إلا إذا كان نابعاً من هويته التى لابد وأن تعود إلى جذوره الضاربة فى أعماق التاريخ ، مستلهماً الفقه الإسلامى باعتباره تراثاً روحياً خالداً يمثل العنصر الأساسى فى تكوين وجدانه .

ونرجو أن يتحقق لشعبنا فى أجل جد قريب ما يرنو إليه من عودة إلى الإحتكام إلى شريعة الله الغراء « وما ذلك على الله بعزيز » (٥) .

وصدق الفاروق عمر بن الخطاب حين قال « إن الله أعزكم بالإسلام ، فمهما تطلبوا العزة بغيره يذلكم الله » ، وصدق الله العظيم إذ يقول « إن تنصروا الله ينصركم ويثبت أقدامكم » (٦) و « لينصرن الله من ينصره إن الله لقوى عزيز » (٧) .

وحين نعود إلى رحاب كتاب الله العزيز سنجد فى ضوء هديه المناعة من الضلال والعصمة من الزلل ، وحين نعود إلى رحاب الشريعة الإسلامية الغراء والإلتزام بمبادئ الإسلام والسير على منهجه القويم والأخذ بروحه السمحة ، عندئذ تعود للإسلام عزته ، ولأمته مجدها المجيد « ذلك خير للذين يريدون وجه الله وأولئك هم المفلحون » (٨) .

والله نسأل أن يجمع كلمة أمتنا على هدى الله ورسوله لينصلح حالها وتعود إلى سابق مجدها ورفعتها « ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين ولكن المنافقين لا يعلمون » (٩) حتى يصدق عليها قول الحق تبارك وتعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (١٠) .

(١) أنظر فى هذا الموضوع تفصيلا :

- المستشار عثمان حسين عبدالله : تطبيق الشريعة الإسلامية ، مجلة القضاة ، العددان الثالث والرابع ، مارس وابريل ١٩٨٦ ، ص ٤٠ ، ٤١ .

- المستشار عثمان حسين عبد الله : « فى شأن تطبيق الشريعة الإسلامية » بحث مقدم إلى المؤتمر الأول للعدالة ، الوثائقث الأساسية . (٢) بحوث لجنة التشريع .

- المستشار جمال المرصفاوى : « الشريعة الإسلامية فى مصر » ، القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ١١٥ - ١٤٨ .

- المستشار جمال المرصفاوى : « نحو تطبيق المادة الثانية من الدستور » ، بحث مقدم إلى المؤتمر الأول للعدالة ، الوثائق الأساسية (٢) بحوث التشريع .

- الدكتور محمد البهى : « الشريعة والقانون الوضعى فى المجتمعات الإسلامية » ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة الرابعة والستون ، العدد ٣٦٩ ، يوليو ١٩٧٧ ، ص ٤١٥ - ٤٢٨ .

- الشهيد عبد القادر عودة : الإسلام واوضاعنا القانونية ، المختار الإسلامى للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، ١٩٧٧ ، ص ٥٤ وما بعدها .

(٢) انظر : د . محمد سليم العوا : « القانون ومحاولة وضع إطار إسلامى متكامل للمعرفة العصرية » ، مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، مارس وأبريل ١٩٨٦ ، ص ٤٥ - ٤٨ و ص ٦٣ .

(٣) أوصى المؤتمر الأول للعدالة الذى عقد بالقاهرة خلال الفترة من ٢٠ - ٢٤ أبريل ١٩٨٦ بالتوصية التالية :

« إعمالا لما تنص عليه المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية من أن مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، يوصى المؤتمر باتخاذ الخطوات التالية .

١- إصدار مشروعات القوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية ومراجعة سائر التشريعات لتحقق أحكامها مع مبادئ الشريعة .

٢- أن يواجب إصدار تلك التشريعات وتنفيذها تهيئة المناخ العام الملائم فى مجالات التعليم والتربية والإعلام والثقافة والتكافل الإجتماعى وغيرها من المجالات .

٣- أن تولى كليات الحقوق بالجامعات ومركز الدراسات القضائية ، دراسة الشريعة الاسلامية العناية اللازمة بالقدر الذى يتناسب مع دورها بوصفها المصدر الرئيسى للتشريع » .

ـ أنظر : الوثائق الأساسية (٢) وثائق الجلستين الأفتتاحية والختامية ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(٤) سورة الذاريات ، الآية رقم ٥٥ .

(٥) سورة ابرهيم ، الآية رقم ٢٠ .

(٦) سورة محمد ، الآية رقم ٧ .

(٧) سورة الحج ، الآية رقم ٤٠ .

(٨) سورة الروم ، الآية رقم ٣٨ .

(٩) سورة المنافقون ، الآية رقم ٨ .

(١٠) سورة آل عمران ، الآية رقم ١١٠ .

جرائم المافيا ضد القضاة والإنسانية

للسيد الأستاذ
عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الاسكندرية

تمهيد وتقسيم :

قامت عصابات المافيا بإرتكاب جرائم عديدة بطريقة منظمة ضد القضاه فى إيطاليا وضد الإنسانية عموماً . وسوف نعرض لجرائم المافيا ضد القضاه وضد الإنسانية فى البنود التالية :

أولاً : عنصر الجرائم المنظمة.

ثانياً: التعريف بمنظمة المافيا.

ثالثاً: الأصل اللغوى لكلمة المافيا .

رابعاً : جرائم المافيا ضد القضاة فى إيطاليا (١) .

خامساً : محاكمة زعماء المافيا فى إيطاليا (٢) .

سادساً : جريمة القصر التى إرتكبتها المافيا فى بريطانيا .

سابعاً : إحصائيات جرائم المافيا .

ثامناً: ضرورة تضافر جهود الدول لمقاومة الإجرام الدولى المنظم .

أولاً : عصر الجرائم المنظمة:

يعانى هذا العصر مما يطلق عليه المعنيون بالجريمة وعلم الإجرام " الجريمة المنظمة وهى تلك التى تقع من جماعة من الجناة ذات تنظيم خاص ، له رئيس وأعضاء ، وتحكمه أنشطة وقواعد يتفق عليها ويلتزم بها الجميع ، ولا تقع الجريمة إلا بعد تنظيم مدبر تحسب كل خطواته ، وتوزع فيه الأدوار والمسئوليات (٣) .

وهناك بعض العصابات ذات شهرة عالمية مثل « الكوزانوسترا » " وعصابة " آل كابونى " فى الولايات المتحدة ، ومنظمة " نرياد سنوسيتى " فى هونج كونج ومنظمة " المافيا " فى صقلية وجميعها تقوم على هيكل تنظيمى هرمى ، ويتخطى نشاطها الحدود الإقليمية وتمارس الكثير من جرائم الإغتيال للسياسيين والقضاه ورجال الشرطة أو الخارجين على قرارات المنظمة وكان أخطر نشاط " للمافيا " فى السنوات الأخيرة هو تهريب " الهيروين " إلى أمريكا فى تعاملات قدرت بحوالى ١٦٨ مليار دولار (٤) .

ثانياً : التعريف بمنظمة المافيا :

إن : المافيا ـ Mafia " هى جمعية سرية إرهابية سياسية . بالإضافة لذلك فهى منظمة دولية ، مؤلفة فى المقام الأول من أفراد إستولى على أنفسهم الجشع الحاد الممزوج بفكرة الرأسمالية العالمية ، وفى مقام ثان هم الآلاف المؤلفة من المجرمين المنبوذين من المجتمعات .

أما المهام الرئيسية لهذه الجمعية المنظمة ، فهو الفساد فى العالم بأسره ، وإن مراد الفساد فى عرفهم وقانونهم هو إرتكاب جرائم الخطف والإغتيال

والإبتزاز والسرقة والتزوير والتهريب والدعارة وتجارة المخدرات [٥] والتعاون مع منظمات الإرهاب فى العالم وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية وهى جرائم منظمة تعتبر جزءاً من تاريخ عصابة المافيا فى طول العالم وعرضه [٦].

وبوجود منظمة عصابة المافيا مع التقدم العلمى والتكنولوجى وتعقيدات الحياة المدنية الحديثة بشكل عام . يبدو لنا على الفور إن المافيا قد قضت فى قاموسها على لفظ كلمة " الضمير " هذه الكلمة التى صاغها الإنسان عبر الآلاف من السنين للدلالة على تميزه النوعى عن سائر المخلوقات وهكذا فقد بات لفظ " الضمير " فى عرف المافيا تعبيراً غامضاً مبهماً لا قيمة له ولا أهمية فى الحياة بشكل عام لذلك الإنسان الذى خلقه الله سبحانه وتعالى وجعله خليفة له فى الأرض ليعمرها ويسكنها ، لتزداد إزدهاراً وعطاء .. إلا أن ذلك الإنسان المتخبط والمعزول عن المجتمعات النظيفة بمحض إرادته ، قد ألقى ما فى جعبته من ذخائر القيم الأساسية الأولى للأخلاق ، والتى أرسبت قواعدها منذ فجر تاريخ الضمير البشرى ، وتعارف عليها بالنصائح الذهبية التى دعانا إليها الرسل والأنبياء وظلت هذه النصائح الذهبية محافظة على جوهرها كأسس عليا لضرورة التواصل الإنسانى السليم فى الحياة ، إلا أن الإنسان " الكنود ، الجحود " قد ألقى خلف ظهره ما يجب أن يستأثر به من تلك النصائح وباتت الأخلاق تكاد تكون لديه خدعة قديمة لا تنطلى إلا على السذج . فى عالم تتنازعه المصالح والمنافع المنفردة بالأنانية وبكل فرد من الأفراد المعزولين عن المجتمع النظيف الذى صب فى فكره تيارات فكرية محدثة لأجله خاصة تدعو لإنعدام الضمير والوجدان الإنسانى وترتكب فى حقه مختلف الجرائم .

وعلى هذا الأساس ، فإن الأحداث اليومية قد تبدو للوهلة الأولى صدمة مؤثرة عنيفة تهز الكيان البشرى بشدة ، وتثير الغضب والإستياء ، إلا أنها أعمق بالمشاهدة من الوصف عند تأملها يستشف على الفور أن هناك آلافاً من الأحداث هى أشد فظاعة ووحشية ، حدثت ومازالت تحدث بإستمرار حتى يومنا هذا ، ودون أن يتوقف الإنسان عندها كثيراً . بل باتت وكأنها من مألوفات الحياة العصرية فى زمان بات الإنسان فيه أرخص ما فى الوجود [٧] .

ثالثاً : الأصل اللغوى لكلمة المافيا :

أن لفظ كلمة " مافيا ـ MAFIA " باللغة الصقيلة الشعبية كانت ترمز إلى الغنج والدلال والجاذبية لدى الأنثى ، فعبارة الغزل التى يلفظها الشاب الصقلى لمغازلة فتاة ما هى : " مافيوزى ددا مافيا ـ MAFIA MAFIUSE DDA

أى: كم أنت جذابة ، ذات دلال ، تملكين من الغنج الكثير.

إلا أن المعنى قد تغير فيما بعد ، ولم يعد لكلمة " مافيا ـ Mafia " سوى المدلول الإجرامى ، والذى يرتبط بمفهوم التكاتف بين كوسكيات أى مجموعات من العائلات ، يؤلفون جمعية تنظيمية سرية إجرامية .

أما المرة الأولى التى لوحظ فيها هذا المفهوم لكلمة " مافيا Mafia " فقد كان فى النصف الأول من القرن الماضى ، وتحديداً فى عام ١٨٣٨ م ، حيث ذكرت كلمة " مافيا Mafia " فى تقرير قضائى رسمى صادر عن محكمة " ترابانى [٨] Trapani ، وقد كان القصد بالتعبير فى ذلك الوقت إحدى الجمعيات السرية الإرهابية الخطيرة ، والتى لا تتردد فى إستخدام كافة السبل والوسائل لتنفيذ مآربها وأهدافها ، وقبل أن تنتهى كلمة " مافيا Mafia إلى هذا المفهوم ، كان مدلولها يرمز فى السابق كما ذكرنا آنفاً إلى الغنج والدلال والجاذبية التى تتمتع بها الأنثى ، ثم إتخذت فيما بعد تعبيراً يرمز إلى أنبل المواقف الإنسانية البطولية ، بل وأكثرها شجاعة من قبل الرجل الصقلى فى مواجهة كافة أشكال الهجمات الخارجية التى عرفتها الجزيرة الصقلية عبر تاريخها .

وأخيراً . كما ذكرن آنفاً فقد تحول مدلول كلمة " مافيا ـ Mafia " إلى مفهوم خاص يثبت وجود منظمة إجرامية عنكبوتية أما الباحثون فى هذا المضمار ، فهم يرون أن الإشتقاق اللغوى للفظ كلمة مافيا Mafia يعود إلى المصطلح التوسكانى القديم [٩] ، Mafia حيث يعنى هذا اللفظ كلمة " بؤس " .

إلا أن البعض من الباحثين يقولون : أن لفظ كلمة " Mafia " ليست مستخدمة فى إيطاليا وإنما هى مستخدمة فى جزيرة صقلية [١٠] ، وأن الإعتبار الأساسى لهذا اللفظ . كان يطلق على أمكنة ما تكثر فيها الكهوف مثل ضواحى ترابانى Trapani وهى من أهم مدن صقلية .

ولكن . هناك من طرح تعريف أخر لإشتقاق لفظ كلمة " مافيا ـ Mafia " على أنه تنظيم سرى مسلح يقاوم الخارجين عن طوعهم وقانونهم . والمتمردين على سلطانهم . وهم بذلك يقصدون الدولة والشعب فإن قانون الدولة لا يناسب ذلك التنظيم الإرهابى ولا حتى الشعب المتمسك بإهداب الفضيلة والأخلاق .

أما القاموس الصقلى الإيطالى الصادر عن " دارتارينى ـ Dar Tarina " فهو يعتبر أن لفظ كلمة " مافيا Mafia " هو لفظ مستحدث يراد به مظهراً من مظاهر الجسارة والتبجح العلنى على القانون الأخلاقى ، وهو فى الأصل ، مبدأ من مبادىء " المافيا Mafia " الذى يعتمر ضم الخارجين على القانون ليكونوا أداة حديدية تنفيذية يتمكنون من خلالها إستلاب ما يروق لهم تنفيذه . وخاصة السيطرة على مراكز الدولة ومؤسساتها الحيوية .

وبناء على ما تقدم فإن تنظيم عصابة المافيا من خلال الصراعات قد تمكن من إمتلاك القوة والتأثير فى جزيرة صقلية . بل كان لهم النفوذ الكامل . ومن جزيرة صقلية إنطلقت فى تنظيم عملياتها . ومن ترابطها المتين كان تهديدها وإبتزازها وسطوها وإجرامها . وعلى هذا الأساس كان لإسم " مافيا Mafia " سياق تاريخى .

أما الجزء العاشر من " موسوعة العلوم الإجتماعية

الصادرة فى الولايات المتحدة الأمريكية نيويورك ـ عام ١٩٣٣ فنقول فى إزدواجية المعنى فى لفظ كلمة " مافيا ـ Mafia " .

المغنى الأول : يراد به سلوك خاص عزيز على قلوب الطبقة الشعبية فى صقلية القديمة ولا يزال هذا المعنى متداولاً فيما بين الطبقة الكادحة حتى يومنا هذا .

المعنى الثانى : فهو يعطى مدلولاً لعصابات محلية صغيرة ، إستخدمت العنف لتسوية خلافتها ، أو لفرض هيمنتها على المجتمع والدولة . فى نفس الوقت (١١) .

ولقد كانت كل كوسكية ـ Cosche تعرف بصفة فردية ولها إسم مرافق للفظ كلمة مافيا Mafia ليميزها عن بقية الكوسكيات ـ المجموعات - مثل:

١ - المافيا العليا.

٢ - المافيا الوسطى .

٣ - المافيا الدنيا .

٤ - مافيا المدينة .

٥ - مافيا الريف .

٦ - مافيا القبعات .

٧ - مافيا الكفوف .

ويبين مما تقدم أن منظمة " المافيا Mafia " تملك تسلسلاً هرمياً يمتاز فى القوة والتأثر والنفوذ والتضافر والترابط المتين .

وفى نهاية القرن الماضى كانت تلك الكوسكيات ـ المجموعات على إختلاف أسمائها وتسلسلها الهرمى ، والذى يربط بينها لفظ كلمة " مافيا Mafia " قد أحكمت سيطرتها على مختلف المرافق العامة لبلدة صقلية ، ولم يبق أمام المواطنين بمختلف طوائفهم إلا الإذعان أو الرحيل من بلادهم .

من هنا إنطلقت كوسكيات ـ مجموعات - " المافيا Mafia " المتضافرة والمترابطة فى مواجهة الدولة والقانون والشعب . ولكن . ليس ، وجهاً لوجه بل ضمن خطط جهنمية نفذت بدهاء وحذاقة متناهية .

تلك كانت بداية مرحلة جديدة فى تاريخ المافيا المنظمة ، مرحلة تنظيم مترابط ومتين ، عهدت فيها عناصر جديدة شابة تميز عهدها بمزيد من الدموية والإجرام ، كما نظمت ترابطها الهرمى ، والذى إتخذ تسلسلاً عما سبق . فالعائلات المالكة والنافذة قد بقيت على ما هى عليه . إلا إن المافيا بحد ذاتها قد زادت من ضخامة أعمالها . فإزداد معها عدد أعضائها . وتوجب أن يكون لهم نظام جديد وقانون خاص يوثق أعمالهم (١٢) .

وعلى هذا الأساس كان لهم *ذلك التسلسل الهرمى الجديد:*

١ـ رئيس لجنة عليا Le Cmisionne

٢ ـ لجنة عليا مؤلفة من رؤساء لجان وأعضاء .

٣ ـ لجنة رؤساء اللجان المؤلفة من رؤساء اللجان المؤلفة من رؤساء العائلات المالكة والنافذة .

٤ - رؤساء لجان مؤلفة من رؤساء العائلات المالكة ولنافذة .

٥ - لجان مؤلفة من رؤساء العائلات المالكة والنافذة .

٦ - رؤساء عائلات مالكة نافذة .

٧ - عائلات مالكة نافذة .

٨ - عائلات مقربة للعائلات المالكة النافذة .

٩ - أنصار وعاملون لا ينتمون لعائلات المافيا .

إذ أن كل عائلة مالكة حسب نفوذها وميزانيتها . يرد أسمها فى اللائحة الأساسية الأولى لمنظمة عصابة " المافيا ـ Mafia " وما تبقى من العائلات المالكة لدينا فتبقى ضمن فاعليات عادية . أما العائلة المالكة للنفوذ والميزانية فتشكل لجنة خاصة بها من ضمن أفرادها . ولهذه اللجنة رئيس يمثلها . ويجتمع رؤساء اللجان الخاصة للعائلات المالكة . حيث يشكلون لجنة مميزة لها نصاب محدد ، وتدعى Le Comisionne وهذه اللجنة المميزة تعتبر أرفع لجنة فى إتخاذ القرارت الهامة ، ويتغير أعضاءوها بحسب تغيير العائلات المالكة والنافذة السلطة .

أما السبب فى التغيير فيرجع إلى ما يأتى :

بأن كل عائلة تطمح لأن تكون عضوة فى هذه اللجنة الرفيعة والمميزة ، لذلك تجرى بين العائلات منافسات شديدة تصل فى كثير من الأحيان إلى التصفيات الدموية الداخلية يعقبها على الفور تصفيات إقتصادية ، حيث تنهار تلك العائلة المالكة إلى المرتبة الأدنى . فتلغى بذلك عضويتها. وتفقد مركزها إلى أن تتاح لها فرصة جديدة للعمل من جديد على إزاحة عائلة أخرى . وهكذا دواليك فى التغييرات .

وبالرغم من التصفيات الدموية الداخلية والإقتصادية . فهناك بعض العائلات لا تفقد عضويتها من تلك اللجنة على الإطلاق ، بل تتوارثها بإستمرار . ولها من الكلمة النافذة فى اللجنة العليا الرفيعة لا مثيل لسواها ومن تلك العائلات . عائلة جريكو Greco وعائلة كورليونى Corleone فإن ممثل تلك العائلة فى اللجنة العليا لإتخاذ القرارات تعتبر كلمته نافذة على بقية رؤساء اللجان الأخرى . بل يحدث فى بعض الأحيان منافسات شديدة بين تلك العائلات الكبرى صاحبة الكلمة النافذة فى اللجنة العليا الرفيعة حيث تكون المنافسات على منصب الرئيس الأول لتلك اللجنة .

وعلى كل حال . إن لهذه اللجنة سلطة مطلقة لا حد لها على جميع الأنشطة غير المشروعة . والتى تمارسها منظمة عصابة " " المافيا Mafia " فهى تفصل بين النزاعات القائمة بين العائلات المالكة النافذة . وهى أيضاً تخطط وتقرر طرق وأساليب الأعمال الإجرامية . وهى التى تحدد الأطر الجغرافية لنشاط كل عائلة . وهى أيضاً التى تقرر مقدار الضرائب المقتطعة من أرباح العائلات المالكة لتضيف ذلك المبلغ المقتطع إلى ميزانية الصندوق الخاص للجنة العليا . وأخيراً هى التى تحدد لكل فرد وعضو وعائلة مهمات العمل من قتل ـ سرقة ـ تهريب تزوير ـ خطف .. إلخ .

وعلى هذا . فإن البعض يرى أن عصابة المافيا أو هذه المنظمة هى خليط من الأخطاء التى تتراكم يوماً بعد يوم . إلا أن

هذه الرؤية تعتبر بشكل ظاهرى فقط ، حيث نجد فى الداخل ترابطاً متيناً وتسلسلاً هرمياً متوازناً ، وقدرات شيطانية إجرامية ، إضافة لذلك فقد شهدت منظمة عصابة " المافيا Mafia " تطورات كبيرة فى الأساليب الإجرامية نظراً لتوفر المكاسب المتاحة لها فى كل مجال . ومن هنا إنطلقت من جزيرة صقلية بعد أن ـ أحكمت خناقها على كافة المرافق العامة ، والموارد الإقتصادية الهامة . لتدخل فيما بعد ويمتد نفوذها إلى إيطاليا خاصة وإلى دول العالم بشكل عام . فكان لها فى العالم فروع ومراكز تمارس من خلالها أبشع أعمالها الإجرامية المنظمة ، والتى هى جزء من تاريخها الطويل .

رابعاً : جرائم المافيا ضد القضاه فى إيطاليا :

فى شهر أكتوبر سنة ١٩٩٠ كان المحقق الشاب "ليزاريوليفانتينو" الذى لم يكمل بعد عامه الثامن والثلاثين فى طريق عودته من عمله بسيارته حيث يعمل فى تعقب قضايا عصابات المافيا بمدينة أجريتجنتو فى مدينة صقلية معقل تلك العصابات .

وفجأة خرج عليه عدد من الرجال المسلحين يقدر عددهم بستة على الأقل وأمطروا سيارته بوابل من نيران مدافعهم الرشاشة وإستطاع المحقق الإفلات من الكمين وخرج من السيارة بعد إصابة بسيطة فى كتفه وإنطلق يعدو ولكن المسلحين تمكنوا من اللحاق به على بعد مائة متر فقط وأمطروه بوابل آخر من الرصاص أجهز على حياته متأثراً بإصابات قاتلة فى الرأس والفم [١٣] تدخل رئيس الجمهورية وقامت الدنيا ولم تقعد فى إيطاليا وإتجه إلى الجزيرة وفد مكون من الرئيس الإيطالى " ". فرانشيسكو كوسيجا " ، ووزير العدل ، ونائب رئيس الوزراء ، وقائد الشرطة فقد كان ليفانتينو هو أول ضحية من بين أفراد الأسرة القضائية تلقى مصرعها على أيدى عصابات المافيا منذ عامين حيث قتل القاضى أنتونيو سابينا على أيدى عصابات المافيا فى سبتمبر عام ١٩٨٨ ليصل العدد إلى ٧ لقوا مصرعهم بين عامى ١٩٧٩ و ١٩٨٩ .

وبمرور وقت طويل لم يسقط فيه قتلى من القضاة والمحققين إعتقدت الحكومات الإيطالية المتعاقبة ـ وهى عادة لا تعمر طويلاً فى السلطة . أنها قطعت خطوة كبيرة فى طريق النصر على عصابات المافيا وإستئصال الجريمة المنظمة فى تلك الجزيرة المضطربة .

الحكومات الإيطالية تعيد حساباتها :

لكن جاء إغتيال ليفانتينو ليدعو المسئولين الإيطاليين إلى إعادة حساباتهم . وتختلف الأراء حول تقييم الحادث الأخير وإن كان معظمها يشير إلى قصور جهود الحكومة فى تعقب المافيا ومطاردة أفرادها فعدم وقوع عمليات ضد المحققين والقضاه لا يعنى بالضرورة إنحسار نفوذ المافيا .

وتقول إحصائيات الشرطة : أن عشرة أشخاص لقوا مصرعهم خلال إشتباكات بين أجنحة عصابات المافيا فى نابولى قبل أسبوع من الحادث . كما لقى

٢٠٠ شخص مصرعهم خلال العام الحالى فى هجمات شنتها المافيا فى كالابريا بجنوب إيطاليا . والمنطقتان خاضعتان لنفوذ المافيا مثل صقلية .

- إتهام الحكومة الإيطالية بالتراخى فى حماية القضاة :

كما يتهم الحزب الشيوعى الحكومة بالتراخى فى توفير الحماية للقضاة فقد لقى ليفانتينو مصرعه إنتقاماً من أوامر أصدرها بإعتقال عدد من أفراد الأسر الكبيرة المتورطة فى الجريمة ويعترف الرئيس كوسيجا بهذا الأمر فيؤكد على ضرورة حماية القاضى وأن يشعر بأنه لا يتصدى ، لعصابات المافيا وحده .

- إمتناع القضاه عن العمل فى صقلية :

وادى عجز الحكومة إلى هروب القضاة والمحققين من العمل بالجزيرة وبعد الحادث بأربعة وعشرين ساعة كان من المقرر أن يجتمع مجلس الوزراء لإصدار أمر عاجل يبيح لوزير العدل إجبار المحققين على العمل فى المناطق الخاضعة لسيطرة المافيا بعد أن تصاعدت الشكوى فى إنخفاض أعدادهم فى تلك المناطق وهى صقلية وكاليجارى ونابولى (١٤) .

كما رفضت وزارة الخزانة قبلها بأيام منح حوافز لمن يقبل العمل فى تلك المناطق بحجة الميزانية .

ويقول فيسينو باريزى قائد الشرطة : أن أجهزة الشرطة سبق وحددت أكثر من ٩٢ ألف شخص كمتهمين بالتورط مع عصابات المافيا ـ وأدى تأخر إجراءات التقاضى ـ لقلة القضاة والمحققين .إلى إطلاق سراح ثلاثين ألف منهم والإحتفاظ بـ ٣٧ ألفاً أخرين تحت الإقامة الجبرية فى منازلهم حيث يمكنهم الهروب منها بسهولة .

خامساً : محاكمة زعماء المافيا فى إيطاليا :

تعتبر قضية محاكمة زعماء المافيا فى إيطاليا من أكبر القضايا التى نظرتها المحاكم الإيطالية حيث بلغ عدد المتهمين ٧٠٧ بين زعيم وعضو كما بلغ عدد المعتقلين ٥٨٦ يمثلون أمام القضاء فى محكمة باليرموا .

أما الفارين فقد بلغ عددهم ١٢١ بين زعيم وقائد ، والجرائم المنسوبة إليهم عبارة عن جنح عديدة تقع فى ملف مؤلف من ٢٢مجلداً ومن ٨٦٣٢ صفحة . تضمن الملف دراسة حديثة أعدها مركز البحوث الإجتماعية " CENIS " وهو من أبرز مراكز الدراسات والبحوث الإجتماعية فى إيطاليا . وأكثرها رصانة ومصداقية (١٥) .

يؤكد هذا الملف الخطورة الكبرى التى تتمثل فى منظمة عصابة المافيا . فيقول الباحثون :

وتعتبر المافيا اليوم من أكبر المنظمات والعصابات فى إيطاليا . ويعمل لحسابها أكثر من ٥ر١ مليون عضواً . وتقدر ميزانيتها بـ ٥٥٠ ألف مليون دولار .

ويؤكد الباحثون فى المركز المذكور آنفاً ، والذين عملوا مدة سنتين لإعداد هذه الدراسة بالتعاون مع ١٥٠ خبيراً وأخصائياً ، إن الأرقام التى ذكرت فى هذا المقال ليست دقيقة جداً . إنما هى أرقام تقريبية ومع ذلك فهى أدنى من الرقم الحقيقى .

والخطورة الكبرى ليست كامنة فى النشاطات غير المشروعة . والتى تسببت فى كثير من الأحيان بالحرج الشديد للدول . إنما الخطورة الأساسية تقع فى الإجرام المنظم الذى يبدأ بالإغتيال والخطط والسرقة .

لا شك فى أن الهاجس الأكبر يتمثل فى عدم نسج الخيوط العنكبوتية بشكل تام حول مقدرات الدولة ومؤسساتها الحيوية بشكل عام .

يقول الرئيس السابق السيد " ساندرو برتينى " .

إن السبيل الوحيد لضرب منظمة المافيا . هو التسلل إلى بنيتها . وإستخدام نفس الأسلوب الذى لطالما إستخدمته هى لتحقيق أهدافها ومآربها ".

أما السيد " ليونارد سياتشا" وهو كاتب متخصص عن منظمة عصابة المافيا . ويقطن فى مدينة باليرموا . يقول عن المحاكمة :

" إن أهمية المحاكمة سوف تكون نفسية فقط . إلا أنها لن تساعد كثيراً فى القضاء على المافيا . طالما أن الذين فى أيديهم القدرة على ذلك ليست لديهم الرغبة بعد فى القضاء عليها " .

أما الجزء الأكثر تشويقاً فى الملف الضخم لمحاكمة المافيا . فقد يكون تلك التفسيرات عن غموض البنية الداخلية لمنظمة عصابة المافيا . " ومدونة الشرف " التى يفرض على الأعضاء سلوكها فقد بين هذا الجزء للقضاة ما يلى :

" إن الخلية الأساسية مكونة من تلك العائلات المافيوية المترابطة بشكل هرمى ومتين وهى عادة تسيطر على منطقة أو حى أو مدينة ذلك حسب قوة نفوذها ، وتتكون هذه الخلية من رجال شرف منتخبين من أوساط العائلات النافذة ويتولى التنسيق بين كل عشرة من رجال الشرف منسق خاص يدعى "Capodecima" وتخضع الخلية لسلطة رئيس يدعى " Capo " يعين بالإنتخاب يعاونه مستشار خاص يدعى "Vicecapo " إضافة إلى وجود مساعد على هيئة السكرتير " .

أما القواعد التى يتعامل بها أعضاء منظمة عصابة المافيا . فهى دقيقة وصارمة ، ويفترض أن يكون المرشح شجاعاً قاسياً . وأن يكون وضعه العائلى والإجتماعى شفافاً غير غامض وأن يكون غير مرتبط مع رجال الأمن بأية صورة كانت . وعندما يتم ترشيحه عضواً رئيسياً يقتاده بعض الأعضاء إلى مكان سرى مظلم ، حيث يؤدى أمامهم القسم الرئيسى فيتناول بيده رسماً مقدساً يلطخه بقطرات من دمه بعد أن يحدث جرحاً صغيراً فى يده . ثم يوقد النار فى ذلك الرسم المقدس ، ويبدأ بتقليبه من يد إلى آخرى حتى يتم إحتراقه وأخيراً يردد القسم التالى :

"Le mie Carni debbobo Buciare come gesta Santina se non matcaro Fede Alziubamente ."

أى : فليحترق لحمى كهذا الرسم المقدس إن أنا نكثت هذا القسم .

وقد ترتب على الإنحطاط الذى أصاب منظمة عصابة المافيا فى الفترات الأخيرة جعلها تتخلى عن بعض الشروط

والقواعد وذلك تسهيلاً منها لإنضمام المزيد من الأعضاء الجدد . وبذلك فقد إنتهت محاكمة أعضاء منظمة عصابة المافيا فى باليرموا . بعد أن أصدر القضاة عقوبات مختلفة فى حق المتهمين تراوحت ما بين السجن لمدة سنة والسجن المؤبد (١٦) .

سادساً : جريمة العصر التى إرتكبتها المافيا فى بريطانيا :

سوف نعرض فيما يلى لنموذج واحد من جرائم المافيا فى بريطانيا :

إن منظمة عصابة المافيا تجدها فى كل مكان . إيطاليا ـ ألمانيا الغربية ـ الولايات المتحدة الأمريكية ـ فرنسا ـ السويد ـ فى دول العالم بأسره .

ففى لندن عاصمة أشهر جهاز أمن جنائى فى العالم " سكوتلانديارد " ففى الساعة السادسة من صباح يوم السبت ٢٣ يناير عام ١٩٨٥ كانت المنطقة الصناعية فى ضاحية " هيثرو " فى لندن تغرق مع ضباب الفجر ، وقطرات خفيفة من المطر وكانت الشوارع خالية تماماً . إلا من وقع أقدام دوريات الشرطة التى تقوم بمهمتها الروتينية بتفقد أبواب المستودعات الخاصة بشركات الشحن والتى لا تبعد عن مطار " هيثرو الدولى " أكثر من ميل واحد فقط .

وفى مستودع شركة "برنكس" لم يكن هناك أى شىء غير مألوف . فالأمور طبيعية وعدسات الشركات العلنية والسرية تنقل على شاشات التليفزيون إلى الرجال الستة القابعين فى داخل غرفة الأمن صور المستودع والشوارع المحيطة به ، وكذلك الممرات فى داخله والأبواب والمداخل للشركة مزودة بأجهزة إنذار ذات كفاءة عالية يكفى إنطلاق صفيرها إلى إستنفار المركز الرئيسى للمباحث الجنائية "سكوتلنديارد" فتكون على أهبة الإستعداد (١٧) وقد حدث ما لم يكن فى الحسبان فقد فوجىء الرجال الستة بعدد من " رجال الفضاء " فى داخل الغرفة الخاصة بهم . كيف تم ذلك ؟؟ وما هى الوسيلة لا أحد يدرى !! كان رجال الفضاء مسلحين بالمسدسات الكاتمة للصوت !!.

وبسرعة وميض البرق بدأ العد التنازلى ومعه المسلسل الإجرامى ، رجل فضاء إقترب من أحد حراس الشركة وضربه بعقب مسدسه على رأسه . رجل فضاء آخر نزع ثياب الحارس بينما الأول أخذ بصب مادة البنزين فوق جسده العارى ، وإرتعد الحراس من هذا الموقف المذهل ، وليستفيقوا ليجدوا رجال الفضاء جاثمين أرضاً وموجهين أسلحتهم إلى الحراس . وهم يطلبون الحروف السرية لفتح أقفال الغرفة المحصنة ، والتى هى مخطة مؤقتة للبضائع الثمينة قبل نقلها إلى مطار " هيثرو" ليتم شحنها إلى جهات مختلفة من بقاع الأرض .

كان الحارس شبه العارى لا يسمع إلا تهديداً " إعترف قبل أن تحرق حياً " فلم ينتظر المزيد من التوضيح والتهديد .

خلال دقائق من الزمن كان رجال الفضاء يغادرون المستودع ، وهم ينقلون ٧٦صندوقاً وتحتوى على ٥٧٥ رطلاً إنكليزياً من سبائك الذهب ، إضافة إلى صندوقين يحتوى كل منهما من

الماس الخام والمصقول وزيادة على ذلك عشرة ملايين دولار نقداً . حيث وصلت حصيلة هذه القرصنة الفضائية المافيوية الأولى من نوعها إلى مبلغ ٦٧ مليوناً و ٦٦٠ ألف دولار .

فى الخارج كانت سيارة نقل تنتظر الرجال فى الداخل ، كان الحراس الستة مقيدى الأيدى . ينظرون إلى زميلهم والدماء تنزف من رأسه ، وهم لا حول لهم ولا قوة .

بعد حوالى ٦٠ دقيقة . نجح أحد الحراس من التخلص من قيوده ، وعلى أثر ذلك نهضت العاصمة البريطانية على صوت إذاعة " أى . بى . سى " وهى تعلن عن " سرقة العصر المافيوية وغرقت عاصمة الضباب فى غيظ مكتوم ، لأن أيا من المواطنين لم يكن يستطيع الحصول على التفاصيل من الصحف اليومية .

إحصائيات جرائم المافيا : [١٨]

من الممكن ترتيب أنشطة منظمة عصابة المافيا ، وذلك حسب حجمها بالأرقام . والتى قد تبدو للوهلة الأولى أرقاماً خيالية ، إلا أنها الحقيقة التى لا ريبة فيها ولا شك .

١ـ الإبتزاز والتهديد والإغتيال :

هو مجال تتدخل فيه منظمة عصابة المافيا بصورة رئيسية ومباشرة أكثر من أى مجال آخر وتتعاون فيه مع كافة عصابات الإرهاب فى العالم ليوفر لها أرباحاً قدرت بحوالى خمسين ألف مليون دولار سنوياً .أما عدد العاملين فى هذا النشاط فيقدر بحوالى ١٧٥ ألف عضو.

٢ـ تجارة الأسلحة :

إن هذا النشاط يعتبر من الأنشطة شبه الصعبة ، حيث يبلغ حجم العمليات السنوية لبيع وتجارة الأسلحة بطريقة التهريب واقع من ١٠ إلى ١٢ عملية سنوياً . تدر أرباحاً بحدود ٧ إلى ١٢ ألف مليون دولار ويبلغ عدد العاملين فى هذا المجال حوالى ٢٠ ألف عضو .

٣ـ تهريب وتجارة المخدرات :

إن تجارة المخدرات بكافة أصنافها تعتبر من الأعمال الهامة والرئيسية لمنظمة عصابة المافيا حيث يعود ذلك النشاط بأرباح صافية تقدر بحوالى خمسين ألف مليون دولار سنوياً أما عدد العاملين فى هذا المضمار فيتراوح ما بين ٢٥ إلى ٣٠ ألف عضو ، وذلك ضمن ترتيب تصاعدى :

من ١٥ إلى ٢٠ ألف عضو يتولون مهام التوزيع .

من ٧ إلى ٨ آلاف عضو يتولون مهام النقل والتسليم .

من ٣ إلى ٢ ألف عضو هم من كبار المسئولين .

٤ـ تجارة الجنس :

إن تجارة الجنس « الدعارة » فى العالم تدر أرباحاً تقدر بحوالى ٣٠ إلى ٣٥ ألف مليون دولار سنوياً . ويشرف عليها بالقيادة حوالى ١٠ آلاف قواد و ٨٠ ألف مومس موزعين فى أقطار العالم . إضافة لذلك تصوير الأفلام الخليعة والجنسية المبتذلة ، والتى تدر أرباحاً هائلة قدرت بحوالى ٥٠ إلى ٧٥ ألف مليون دولار سنوياً يشرف عليها ما بين الممثلين

والمصورين والمخرجين والعمال العاديين حوالى ٣٠ ألف شخص .

٥ـ التهريب بشكل عام :

إن تهريب البضائع والسلع الإستهلاكية من الأعمال الهامة أيضاً لدى منظمة عصابة المافيا حيث تدر أرباحاً سنوية بحدود ٢٧ إلى ٣٠ ألف مليون دولار سنوياً . ويبلغ عدد العاملين فى هذا المجال حوالى ١٥ ألف شخص غالبيتهم من الشباب والشابات .

٦ـ السطو والسرقة :

يعمل فى هذا المجال حوالى ١٥ إلى ٢٠ ألف عضو منظم فى عصابة المافيا وتعود بأرباح قدرت بحوالى ٤٠ إلى ٤٥ ألف مليون دولار سنوياً .

٧ـ تهريب الاعمال الفنية وتزويرها :

إن تهريب الأعمال الفنية العالمية وتزويرها بالإضافة إلى تهريب الآثار التاريخية فى دول العالم كل ذلك يتم ضمن دراسات يديرها حوالى ١٠ آلاف عضو وتعود بأرباح قدرت بحوالى ٣٠ ألف مليون دولار سنوياً .

٨ـ تهريب وتزوير العملات :

تعود هذه النشاطات على منظمة عصابة المافيا بأرباح خيالية لا تصدق إذ أن المبلغ الإجمالى يقدر بحوالى ٦٠ ألف مليون دولار سنوياً ، ويعمل فى هذا القطاع حوالى ١٥ ألف عضو .

٩ـ أندية القمار واللهو :

إن الأندية الخاصة لعصابة المافيا لممارسة لعب القمار . تدر أرباحاً حوالى ٤٥ ألف مليون دولار سنوياً . ويعمل فى قطاعها حوالى ١٠ إلى ١٢ ألف عضو ، وتعتبر من الأنشطة الأكثر إزدهاراً .

١٠ـ انشطة منوعة :

هناك من الأنشطة المنوعة التى تقوم بها منظمة عصابة المافيا . مثل : تهريب الدم . ترويج إشاعات ، تهريب أطفال ـ السيطرة على الموارد الإقتصادية فى بعض القطاعات فى العالم ـ تجارة الأدوية . إلخ . كل ذلك يعود بأرباح خيالية قدرت بحوالى ٨٠ ألف مليون دولار سنوياً ، ويعمل فى هذه النشاطات المختلفة حوالى ١٥٠ ألف عضو . (١٩)

ثامناً : ضرورة تضافر جهود الدول لمقاومة الإجرام الدولى المنظم .

ينبغى على دول العالم بأسره أن تتعاون من أجل القضاء على عصابات الإجرام الدولى المنظم وتطوير مهمة منظمة الأنتربول لتتمشى مع هذا الإتجاه فى سبيل مقاومة عصابات الإجرام الدولى المنظم (٢٠) .

دعاء ...

اللهم أغننى بالعلم ، وزيننى بالحلم ، وجملنى بالعافية ، وأكرمنى بالتقوى .

(١) قرر لنا ثلاثة من القضاه الإيطاليين الذين تقابلنا معهم مقدار الخوف الذى يصيب القضاه من جراء إرتكاب هذه الجرائم ضد زملائهم .

(٢) يسود بين قضاة العالم المتحضر شعور واحد نحو الجريمة والمجرمين ونحو إستقلال القضاء وسمو رسالة القاضى وضرورة تأمين حياته ورفع مستوى معيشته وقد عبر ذلك فى حديث إلينا السيد المستشار " جاكالونى " رئيس محكمة ميلانو فى مارس ١٩٩٠ م.

(٣) أنظر لنا فى هذا الشأن كتاب التحقيق الجنائى الفنى والبحث الجنائى - الناشر المكتب الجامعى الحديث بالأسكندرية .

(٤) ومن الجرائم المنظمة التى وقعت فى نوفمبر ١٩٩٠ ضواحى القاهرة إلى حادث سرقة ١و٧ مليون جنيه من سيارة تابعة لأحد البنوك بمعرفة عصابة منظمة بالتخطيط لهذا الموضوع وإنتحال صفة رجال البوليس أثناء السرقة .

(٥) أنظر لنا فى هذا الشأن : التجريم والعقاب فى قوانين المخدرات . الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

(٦) أنظر لنا فى أساليب إرتكاب الجرائم المختلفة وطرق البحث فيها كتابنا " التحقيق الجنائى الفنى " ص ٣٠٠ وما بعدها . الناشر المكتب الجامعى بالأسكندرية .

(٧) أنظر المافيا : إعداد لجنة التأليف والترجمة ـ دار الفيصل ١٩٨٧ .

(٨) ترابانى TRAPANI هى : دريبانهم القديمة . مرفأ فى شمال غربى صقلية بإيطاليا .

(٩) توسكانى : لغة ومصطلحات تعود إلى توسكانا TOSCANA مقاطعة فى إيطاليا الوسطى قاعدتها فلوران " وهى أتروريا القديمة . نشأت فيها دوقية كبرى حكمتها أسرة مدنيتش من عام ١٥٦٩ وحتى عام ١٧٣٨ أخضعت إلى النمسا ثم ضمت إلى الدولة إيطاليا .

(١٠) صقلية SICILLA : هى جزيرة إيطالية فى البحر المتوسط . قاعدتها " باليرمو " أهم مدنها كاتبانيا ـ بيينا ـ ترابانى . إستعمرها الفينيقيون واليونانيون . وأسسوا فيها المدن التجارية الزاهرة غزاها زيادة الله الأغلبى سنة ٧٢٧ فيها آثار عربية عديدة ..أما الصقليتان . DEUXSICLLES فهو إسم مملكة تشمل لادنابولى وجزيرة صقلية : أنظر المافيا . المرجع السابق ١٤ .

(١١) الباحثون فى تاريخ المجتمعات البشرية يقولون فى البداية كانت العائلات النافذة فى المناطق الصقلية تنتظم فى مجموعات ، وتعرف كل مجموعة بإسم " كوسكية " Cosche وإن كل " كوسكية Cosche مكونة من عشرين فرداً ، يتمتعون بنظام

داخلى خاص يعملون به ، وينقيدون بأنظمة وإن لهذه الكوسكية ـ المجموعة تسلسلاً هرمياً ، بدءاً من رئيس الكوسكية ، وإنتهاءاً بالفرد العادى ، وإن كل كوسكية مسئولة عن نمط تصرفها » وعن نوعيـة نشاطها وطرق تحالفها وتعاملها مع بقيـة الكوسكيات " المجموعات " والتى هى عبارة عن مجموعة واحدة ملتحمة متضافرة متضامنة ، لها كيان واحد وهدف واحد ، ضد السلطات وضد كل من يخالفها " أنظر " المافيا " المرجع السابق ١٦ .

(١٢) أنظر بشأن المافيا المراجع الآتية :ـ

1- LA MAFIA . G. ALONGK .

2- LA MAFIA IN SICILIA. N. COLAJNNI .

3- LA MAFIA .E.I. JAFIOSI.G. LOSCHIAVO .

(١٣) إستحدث قانون الإجراءات الجنائية الإيطالى الجديد الصادر فى ١٩٨٩ ثورة فى قهر الإجراءات الجنائية إذ كفل للمتهم ضمانات كثيرة فى التحقيق والإحالة .

(١٤) أنظر لنا فى شرح جريمة الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية وجريمة إمتناع لقضاه عن الحكم فى الدعاوى كتابنا " جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات " الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ١٩٩٠ م .

(١٥) فى حديث مع أحد المستشارين الإيطاليين الذين إشتركو فى هذه المحاكمة وصف لنا مقدار الهلع الذى كانت تعانيه هيئة المحكمة وحجم إحتياطات الأمن التى أتخذت للمحافظة على أرواح القضاة فى إيطاليا .

(١٦) أنظر " المافيا " المرجع السابق ٥٤ وما بعدها .

(١٧) أنظر فى أصول التحقيق الجنائى العملى كتابنا " التحقيق الجنائى . العملى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى " توزيع دار النهضة العربية بالقاهرة .

(١٨) إحصاء عام ١٩٧٠ م ، أنظر . المافيا فى صقلية . ن . كولاجينى .

LE MAFIA . IN . CICILA - N . COLAJANNI .

(١٩) إن هذا الإحصاء تم عام ١٩٧٠ وإن الأرقام المذكورة آنفا هى أرباح صافية لمنظمة عصابة المافيا . أى للعائلات العضوة فى اللجنة العليا الرفيعة . أما العاملون والأنصار فأجورهم وأرباحهم مقتطعة من المبالـغ المذكـورة فى هـذه الإحصائية . أنظـر " المافيا " المرجع السابق ص ٣٥ .

(٢٠) أنظر لنا فى الوقاية من الجرائم المختلفة " كتابنا " التحقيق الجنائى الفنى والبحث الجنائى " ص ٣١٠ وما بعدها .

مجال رقابة محكمة النقض على تقدير توافر الإرتباط بين الجرائم فى ظل نظرية العقوبة المبررة

للسيد الدكتور
مجدى محمود محب حافظ

أن المشكلة التى يثيرها تعدد الجرائم "Conccurs dinfraction" تدور حول العقوبة التى يجب أن توقع على مرتكب الجرائم المتعددة . أهى عقوبة واحدة أم من أجل إحداها ؟؟ ، أم عقوبات متعددة بقدر عددها ؟؟ [١] .

وقد كان القانون الرومانى يطبق قاعده قانونية مؤداها أنه يجب معاقبة المجرم عن كل جريمة من الجرائم المتعددة التى قارفها ، وذلك لأن إضافة الجرم الى جرم آخر لا ينقص من العقوبة شيئاً .

إلا أنه بعد بزوغ فجر الثورة الفرنسية اتجه التشريع الفرنسى صوب قاعدة مؤداها عدم تعدد العقوبات رغم تعدد الجرائم فنص على هذه القاعدة فى المادة ٤٠ من قانون ٢٥ سبتمبر ١٧٩١ ضمن نصوص مدونة الإجراءات الجنائية الفرنسية [٢].

وقد إتجهت مدونة الإجراءات الجنائية المصرية صوب تعدد العقوبات بقدر عدد الجرائم كقاعدة أصلية ، مع وضع بعض القيود التى تحد من نطاق تعدد العقوبات وآثاره .

وأهم القيود التى ترد على قاعدة تعدد العقوبات ما نصت عليه المادة ٣٢ عقوبات من المدونة العقابية المصرية ، إذ نصت على أنه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب إعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها .

وإذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب إعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم . ومفاد نص المادة ٣٢ من المدونة العقابية المصرية أنه يجب التمييز بين نوعين من تعدد الجرائم لكل منهما حكمه الخاص ، هما التعدد المعنوى والتعدد المادى .

وحيث أن تعدد الجرائم سواء كان مادياً أو معنوياً يثير التباساً ظاهرياً مع حالة التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية ، ونظراً لأن المشرع لم يحدد فى المادة ٣٢ عقوبات ما هو المقصود بالإرتباط بين الجرائم ، لذلك فقد وجب تحديد ماهية الإرتباط الذى قصده المشرع ، ومدى سلطة المحكمة فى تقدير قيام الإرتباط بين الجرائم ، ومجال رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا الشأن .

ولذلك فإننا سوف نتناول هذا الموضوع على النحو التالى :

المبحث الأول : أنواع تعدد الجرائم .

المبحث الثانى : مدى سلطة محكمة النقض فى الرقابة على

تقدير قيام الارتباط بين الجرائم.

المبحث الثالث : تقلص دور محكمة النقض في الرقابة على محكمة الموضوع كأثر للأخذ بنظرية العقوبة المبررة .

المبحث الاول

أنواع تعـدد الجرائم

المطلب الاول

التعـدد المعنـــوى

- تعريف التعدد المعنوى للجرائم : يعرف التعدد المعنوى "Concours ideaL" بأنه إرتكاب الجانى لواقعة اجرامية واحدة تكون جرائم متعددة . ويؤدى تعـدد الجرائـم الى تعـدد الأوصاف القانونيـة بقـدر علل الجرائم المرتكبة [٣] . ويقـوم التعدد المعنوى على عنصرين ، وحدة الفعل وتعدد الأوصاف . ويرجع سـبب تعـدد الأوصاف القانونية الى التداخل بين الافعال الإجرامية بسبب وجود عناصر مشتركة فيما بين بعض الجرائم وبعضها الآخر [٤]

وإذا كان أحد هذه الأوصاف الاجرامية يستبعد سائر الأوصاف الأخرى بحيث لا يخضع الفعل فى النهاية إلا لنص واحد ، فإنه لا تثـور من الناحيـة الواقعيـة مشكلة ، اذ لا تقوم الا جريمة واحدة .

- صـور التعـدد المعنـوى للجرائم :

الصورة الاولى : وهى ما يمكن أن يطلق عليه التعدد المعنوى المتجانس ويضم حالة إرتكاب الجانى لفعل واحد ترتب عليه نتائج متعددة متجانسة . وذلك كما لو قتـل شـخص عـدة اشخاص بقنبلة واحدة .

والصورة الثانية : حالـة إرتكاب فعل واحد ترتب عليه نتائج متعددة متنوعة ، وذلك كمن يضع النار عمداً فى مكان فيقتـل بعض من بـه ، ويجرح البعض الآخر ، ويتلف بعض محتوياته .

- حكم التعدد المعنوى : إختلفت التشريعات العقابية فى شأن معالجة التعدد المعنوى ، فذهبت الطائفة الأولى من التشريعات ومنها التشريع الايطالى فى المادة ٨١ منه ، والتشريع النرويجى فى المادة ٦٢ منه ، والتشريع السويسرى فى المادة ٦٨ منه إلى تشديد العقـاب فى حالـة التعـدد المعنوى .

بينما اتجه التشريع المصرى فى المادة ١/٣٢ منه ، وشايعه فى ذلك التشريع الألمانى فى المادة ٧٣ منه [٥] ، وما استقر عليـه القضـاء الفرنسى - حيث لا يوجـد نص فى التشريـع الفرنسى بشـأن حالة التعـدد المعنوى - إلى الأخذ بمبدأ تطبيق عقوبة واحدة وهى عقوبة الجريمة الأشد [٦] .

المطلب الثانى

التعدد المادى للجرائم

- تعريف التعدد المادى للجرائم :

يعـرف التعـدد المـادى . " Concours reeL " بأن ارتكاب الجانى لعدة وقائع إجرامية ، تشكل كل منها جريمة معاقب عليها قانونا . [٧] ويتميز التعدد المادى باستقلال كل واقعة عن الوقائع الأخرى من العناصر المكونـة لهـا ، ولذلك فانـه لا يشـترط أن تكون الجرائم

المرتكبة فى حالة التعدد المادى متعاقبة ، فيمكن ان تقع فى وقت واحد أم تقع فى أوقات مختلفة [٨] .

ـ صور التعدد المادى للجرائم :

لا يمثل هذا النوع من التعدد صعوبة ما فى تحديد صورة ، إذ أنه يمثل تعدداً واضحاً للجرائم . ومظهر ذلك القيام بأفعال مختلفة لتحقيق غايات مختلفة ، وتتعدد النتائج الإجرامية التى يعاقب عليها القانون الجنائى .

وعلى سبيل المثال فمن يضرب آخر ثم يسرق منزلا ، ويحرق مزروعات آخر فى اليوم التالى ولم يتم الحكم عليه فى أى من هذه الجرائم ، يكون فى حالة تعدد مادى للجرائم .

ـ حكم التعدد المادى : أخذ المشرع المصرى بمبدأ تعدد العقوبات فى المادة ٣٢ عقوبات كقاعدة أصلية . إلا أنه مع التسليم بهذا المبدأ فإن المشرع المصرى قد أورد عليه عدة قيود ، أهمها هو ما نصت عليه المادة ٢/٣٢ عقوبات وهى « أنه إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة بعضها ببعض بحيث لا تقبل التجزئة ، فأنه يجب إعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لاشد تلك الجرائم » .

ويأخذ التشريع الايطالى بصفة أساسية بمبدأ تعدد العقوبات ، أما التشريع الفرنسى فأنه يأخذ بمبدأ جب العقوبات بصفة أساسية وان كان يتبع استثناء نظام تعدد العقوبات فى حالات معينة [٩] ويأخذ التشريع البلجيكى بنظام مختلط يجمع بين جب العقوبات والتشديد فى حالة الجنايات .

المطلب الثالث

التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية

ـ تعريف التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية : هو واقعة إجرامية واحدة تتنازع عدة نصوص جنائية حول التطبيق عليها وذلك لان كل منها لها علاقة ما بالواقعة الاجرامية أو بجزء من عناصرها .

والحقيقة أن التعدد الظاهرى يقوم على وجود سلوك إجرامى واحد ، ومصلحة واحدة أو مال قانونى واحد معتدى عليه أو تعرض للخطر ، ومن ثم فانه لا يوجد سوى جريمة واحدة [١٠]

ـ صور التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية : ان التنازع الظاهرى للنصوص ليس تنازعاً حقيقياً كما هو الشأن فى حالة التعدد المعنوى للجرائم . فمن يرتكب جريمة استيلاء على مال الدولة بوصفه موظفاً ، فإنه يحقق الواقعة المجرمة إيضاً بنصوص السرقة ، ولذلك فإننا نجد فى هذه الحالة أن الفعل الواحد يندرج تحت اكثر من نص تجريمى .

والفرق الأساسى بين التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية والتعدد المعنوى ، أنه فى حالة التعدد الأولى تكون بصدد جريمة واحدة يمكن أن يطبق عليها أكثر من نص ، بينما فى الحالة الثانية تكون بصدد جريمتين ينطبق عليهما فعلاً أكثر من نص تجريمى . [١١]

ولذلك فإنه فى حالة التنازع الظاهرى تثور مشكلة إختيار النص الواجب التطبيق بين النصوص المتنازعة ، بينما فى

التعدد المعنوى تتعدد القواعد التجريمية وتكون كلها واجبة التطبيق فعلا رغم وحدة السلوك الإجرامى .

- حكم التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية :

إتجه الفقه الى الإستعانة بثلاثة حلول لمشكلة التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية ، فذهب جانب من الفقه صوب الأخذ بمعيار « الاستيعاب » ويقصد به حالة تطبيق النص الذى يشمل الى جانب الواقعة المنصوص عليها الواقعة الأخرى الواردة بالنص الآخر بإعتبارها مكونه لدرجة اقل جسامة فى الاعتداء على المصلحة المحمية ، وبأعتبارها مستوعبة للنص الآخر [١٢] .

وأتجه جانب آخر من الفقه صوب الاخذ بمعيار « الاحتياطية » ويقصد به ان النص الإحتياطى لا يطبق حيث يمكن إعمال النص الأصلى والذى يمثل حماية أكثر فاعلية للمصلحة القانونية الواحدة [١٣] .

وإتجه فريق ثالث من الفقه صوب الأخذ بمعيار « الخصوصية » ويقصد به أن الخاص يقيد العام ويستبعد تطبيقه [١٤] .

ويرى جانب من الفقه المصرى وبحق ان الحلول المتقدمة لاتخرج عن معيار واحد وهو ان النص الخاص يقيد فى التطبيق النص العام ويستبعده [١٥] وعلى سبيل المثال فإن واقعة القتل المنصوص عليها بالمادة ٢٣٤ عقوبات تشمل الواقعة المنصوص عليها بالمادة ٢٤٢ عقوبات والخاصة بالضرب أو الجرح وتضيف اليها عنصراً مميزاً وهو النتيجة الممثلة فى ازهاق الروح .

المبحث الثانى

مدى سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تقدير قيام الارتباط بين الجرائم

المطلب الاول

دور محكمة الموضوع فى تقدير قيام الارتباط بين الجرائم

يستأثر قاضى الموضوع بالفصل فى وقائع الدعوى، ويعد قضاء محكمة الموضوع على هذا النحو نهائياً ، فلا يحق لمحكمة النقض أن تناقش قضاءها فى هذا الشأن ، أو تنسب اليه خطأ ما ، أو تجرى فيه تعديلاً ما . ذلك أن وظيفة محكمة النقض تفرض عليها أن تسلم بالوقائع التى اثبتها الحكم المطعون فيه ، وتفترض صحتها المطلقة ، وترفض كل محاولة من احد الخصوم لاقحامها فى أى بحث موضوعى . [١٦]

ويقصد بالوقائع الأحداث ، أى كل ما حصل ، وكان له كيان ذاتى ، وصار بذلك منتمياً إلى الماضى . ويستوى فى ذلك أن يكون للواقعة كيان مادى ملموس ، أو أن تكون محض ظاهرة نفسية [١٧]

ويجب أن يلتزم القاضى بأن يبنى اقتناعه على عملية عقلية منطقيه تقوم على الاستقراء والاستنباط الذى ينتهى فى ختامها إلى نتيجة محددة . وتتم عملية تمحيص الادله للتحقق من صدقها باستقراء العناصر الواقعية التى استقرت فى عقيدة المحكمة ثم تستنبط منها الصور النهائية لواقعة الدعوى ، ثم يقوم القاضى باستنباط نتيجة معينة يخلص إليها من نتائج وقائع الدعوى .

وتقدير توافر الارتباط

المنصوص عليه فى المادة ٣٢ عقوبات بفقرتيها ، أمر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع بالمعنى السالف بيانه ، ولذلك فان له الحق فى تقدير قيام الإرتباط من عدمه استناداً إلى الأسباب التى من شأنها أن تؤدى إلى ما إنتهى إليه [١٨] .

والأصل فى تعدد الجرائم الذى يستوجب تطبيق المادة ١/٣٢ عقوبات هو ان تكون هذه الجرائم قد ارتكبت دون ان يحكم فى أية واحدة منها [١٩] وبمعنى أخر فإنه يشترط ان يكون فى حالة اتصال المحكمة بالدعوى الثانية ، وأن تكون مطروحة أمامها مع الدعوى الحالية [٢٠] .

ويجب على المحكمة فى حالة تطبيق عقوبة الجريمة الأشد وحدها أن تشير إلى أن الحالة المعروضة أمامها تمثل حالة تعدد مادى مع الإرتباط الذى يقبل التجزئه او انها حالة تعدد أوصاف قانونية مع الإشارة إلى الفقرة المطبقة من المادة ٣٢ عقوبات حتى تتمكن محكمة النقض من مراقبة توافر - الشروط المطلوبة لها . كذلك فإنه يجب أن يستفاد توافر شروط الإرتباط من عبارات حكم محكمة الموضوع أيضاً .

المطلب الثانى

نطاق رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى تقدير توافر الارتباط بين الجرائم

إذا كان تقدير توافر شروط الإرتباط بين الجرائم وفقاً لما هو منصوص عليه فى المادة ٣٢ عقوبات أو عدم توافرها ، هو امر يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، إلا أنه متى كانت وقائع الدعوى كما اوردها الحكم لا تتفق قانوناً ، مع إنتهى إليه من قيام الإرتباط بينها ، فان ذلك يكون من الأخطاء القانونية من تكييف علاقة الإرتباط التى تحددت عناصره فى الحكم والتى تستوجب تدخل محكمة النقض لانزال حكم القانون الصحيح عليها [٢١] .

ولذلك فان محكمة النقض تبسط رقابتها على جميع انواع التكييف القانونى الذى تخلعه محكمة الموضوع على القدر الثابت من الوقائع . وذلك لان تطبيق المادة ١/٣٢ عقوبات هو عبارة عن مقارنة بين وصفين للواقعة يختار القاضى عقوبة الجريمة أشدها ، كما أنها فى حالة المادة ١/٣٢ عقوبات ليست سوى تغليب عقوبة الجريمة الأشد على الجريمة الأخرى او الجرائم الأقل عقوبة . ويقتضى ذلك من القاضى أن يمحص الدعوى للوصول الى التكييف الصحيح للجريمتين المسندتين الى المتهم ثم تقدير قيام الإرتباط بينهما . وهذا التقدير هو المسألة التقديرية المتروكة لقاضى الموضوع فى هذا المقام .

ويقتضى بحث أتجاهات محكمة النقض المصرية فى تحديد نطاق رقابتها على سلطة محكمة الموضوع فى تقدير توافر الإرتباط بين الجرائم إستقراء بعض أحكام النقض فى هذا المجال . وعلى سبيل المثال فقد قضت محكمة النقض بأنه : -

(١) اذا كان ما اورده الحكم المطعون فيه عن قيام الإرتباط الذى لا يقبل التجزئة بين جريمتى احراز - السلاح والذخيرة وبين

جريمة الإصابة الخطأ لا يحمل قضاءه ، ذلك بأن الجريمتين الأولى والثانية قد نشأتا عن فعل واحد يختلف عن جريمة إصابة المجنى عليهما خطأ التى نشأت عن فعل اطلاق النار المستقل تمام الاستقلال عن الفعل الذى انتج جريمتى احراز السلاح وذخيرته بما ينتفى معه قيام ثمه إرتباط بينهما فى مفهوم ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات فإنه اذ انتهى الى تطبيق حكم تلك المادة على واقعة الدعوى يكون أخطأ فى تكييف علاقة الإرتباط بين الوقائع كما اثبتها بما يوجب نقضه وتصحيحه بتوقيع عقوبة مستقلة عن جريمة الإصابة الخطأ بالإضافة الى باقى العقوبات الأخرى المحكوم بها عن الجريمتين الأولى والثانية [٢٢] .

(ب) إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى وأدلتها ان المطعون ضده اطلق النار على المجنى عليه ـ بغير قصد قتله ـ من السلاح النارى المضبوط والغير مرخص به وانتهى فى منطق سليم الى القول بأن الجرائم الثلاث المسندة الى المطعون ضده ، وهى إحداث الجرح العمد وإحراز السلاح النارى وذخيرته بغير ترخيص ، قد ارتكبت لغرض واحد وانها مرتبطة ببعضها إرتباطاً لا يقبل التجزئة ، الأمر الذى يوجب إعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشدها وهى جريم إحراز السلاح النارى ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون [٢٣] .

إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بمعاقبة الطاعن بعقوبة مستقلة عن كل من جريمتى الضرب المفضى الى الموت والضرب البسيط اللتين دان الطاعن بهما على الرغم مما تفىء عنه صورة الواقعة كما اوردها من أن الجريمتين قد انتظمتهما خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكملة لبعضها البعض فتكونت منها مجتمعة الوحدة الإجرامية التى عناها الشارع بالحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات ، مما كان يوجب الحكم على الطاعن بعقوبة الجريمة الأشد وحدها وهى العقوبة المقررة للجريمة الأولى ، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً وتصحيحه بإلغاء عقوبة الحبس المقضى بها عن الجريمة الثانية المسندة للطاعن عملاً بالحق المخول للمحكمة بالمادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض [٢٤] .

المبحث الثالث

تقلص دور محكمة النقض فى الرقابة على محكمة الموضوع كأثر للأخذ بنظرية العقوبة المبررة

المطلب الاول

نظرية العقوبة المبررة فى قضاء النقض المصرى والمقارن

أخذ القضاء المصرى بنظرية العقوبة المبررة منذ وقت بعيد [٢٥] ، إذ طبقت محكمة النقض المصرية تلك النظرية فى حالة ما إذا أوان الحكم المتهم من أجل جريمتين مرتبطتين وأنزل به العقوبة المقررة لأشدهما ، فلا ينقض الحكم أستنادا الى أنتفاء أحدى الجريمتين طالما أن العقوبة التى أوقعها بقررها

القانون من أجل الجريمة الأخرى التى ثبت توافر أركانها [٢٦] .

وتستند نظرية العقوبة المبررة فى أساسها القانونى الى أنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها « مبررة » أى مطابقة للعقوبة الواجب الحكم بها اذا لم يتوافر هذا الخطأ ، فان دور المحكمة فى هذه الحالة يقتصر على اثبات هذا الخطأ دون أن يمتد الى ذات الحكم المطعون فيه [٢٧] .

ويرجع الأساس التاريخى لنظرية العقوبة المبررة الى نص المادتين ٤١١ ، ٤١٣ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الملغى [٢٨] والمادة (٥٩٨) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الحالى الصادر بالأمر رقم ٥٨ - ١٢٩٦ فى ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨ [٢٩] .

وقد قنن التشريع المصرى الخاص بحالات وإجراءات الطعن امام محكمة النقض والصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى المادة ٤٠ منه هذه النظرية اذ تنص المادة على أنه « اذا اشتملت أسباب الحكم على خطأ فى القانون أو إذا وقع فى ذكر نصوصه ، فلا يجوز نقض الحكم متى كان العقوبة المحكم بها مقررة فى القانون للجريمة ، وتصحح المحكمة الخطأ الذى وقع » [٣٠]

- شروط تطبيق نظرية العقوبة المبررة [٣١] .

١ - أن لا يكون الحكم صادرا بالبراءة : ومقتضى ذلك ان يكون الحكم المطعون فيه صادراً بالإدانة .

٢ - أن تكون العقوبة المقضى بها تدخل فى نطاق العقوبة المنصوص عليها فى القانون للتهمة بعد إستبعاد ما شاب الحكم من خطأ فى القانون أو بطلان .

٣ - ألا يكون هذا الخطأ قد أعجز المحكمة عن صحة تقدير العقوبة .

المطلب الثانى

النتائج المترتبة على تطبيق نظرية العقوبة المبررة فى مجال الجرائم المرتبطة

أن القاعدة التى استمدها قضاء النقض المصرى من نظرية العقوبة المبررة أنه لا جدوى من الطعن بالنقض إذا كان مبينا على حصول خطأ فى تطبيق القانون أو فى تأويلة بالنسبة لأحد الأوصاف التى أشار الحكم إلى قيامها ، أو بالنسبة الى بعض الجرائم التى أشار الى ثبوتها فى حق الطاعن ثم تبين أن الوصف المتبقى للواقعة استبعاد الوصف المدعى بحصول خطأ فيه يكفى لان يبرر العقوبة المحكوم بها .

كما استقر قضاء محكمة النقض على قبول الطعن بالنقض اذا كانت محكمة الموضوع قد اوقعت عقوبات متعددة بقدر عدد الجرائم المتعددة التى أدانت فيها الطاعن وذلك لأنها نفت توافر الإرتباط بينها أو وحدة الغرض منها ، ثم تبين وجود خطأ فى تطبيق القانون ولو بالنسبة لجريمة واحدة منها إذا كان من شأن تصحيح هذا الخطأ أن يؤثر فى العقوبة المحكوم بها نوعاً او مقداراً عن هذه الجريمة ، وبصرف النظر عن صحة الحكم المطعون فيه بالنسبة لباقى أجزائه .

لذلك فإنه يمكن القول بان

المصلحة فى الطعن هى العامل المؤثر فى مدى اشراف محكمة النقض على محكمة الموضوع فى تقدير توافر الإرتباط بين الجرائم من عدمه .

وسوف نتناول فيما يلى الآثار المترتبة على تطبيق محكمة النقض المصرية لنظرية العقوبة المبررة فى هذا المجال سواء فى حالة وجود مصلحة فى الطعن أو فى حالة إنتفاء المصلحة فى الطعن .

الفرع الاول

حالة وجود مصلحة فى الطعن

ـ إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بمعاقبة الطاعن بعقوبة مستقلة عن كل من جريمتى الضرب المفضى الى الموت والضرب البسيط اللتين دان الطاعن بهما على الرغم مما تنبئ عنه صورة الواقعة كما أوردها من أن الجريمتين قد انتظمتهما خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكملة لبعضها البعض فتكونت منها مجتمعة الوحدة الإجرائية التى عناها الشارع بالحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات ، مما كان يوجب الحكم على الطاعن بعقوبة الجريمة الأشد وحدها وهى العقوبة المقررة للجريمة الأولى ، فإنه يتعين نقضى الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً وتصحيحه بإلغاء عقوبة الحبس المقضى بها عن الجريمة الثانية المسندة للطاعن عملاً بالحق المخول للمحكمة بالمادة ٣٥ من القانون ٥٧ سنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض [٣٢]ـ جريمة بيع سلعة مسعرة أزيد من السعر المقرر ـ ارتباطها بجريمة عدم الإعلان عن الأسعار . وجوب تطبيق عقوبة الجريمة الأولى الأشد وحدها ــ حق محكمة النقض فى تطبيقها لمصلحة المتهم اذا تعلق الأمر بمخالفة القانون [٣٣].

ـ لما كان الثابت من مدونات الحكمين المطعون فيهما أن الطاعن اقترف جريمتى إقامة جهاز أشعة وإستعمال الإشعاعات المؤينة قبل الحصول على ترخيص بذلك ، فان ذلك ما يتحقق به مضى الإرتباط بين هاتين الجريمتين ، وكان الثابت أن الدعوتين المشار اليهما لم يكن قد صدر فيهما حكم بات بل كان نظر الإستئناف المرفوع فيهما أمام هيئة واحدة وفى تاريخ واحد ، فإنه كان لزاما على المحكمة الإستئنافية أن تأمر بضمهما معاً وان تصدر فيهما حكماً واحداً ، أما وهى لم تفعل وأوقعت على الطاعن بمقتضى الحكمين المطعون فيهما عقوبة مستقلة عن كل من الجريمتين المسندتين إليه ، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون ، فإنه يتعين نقضى الحكمين المطعون فيها نقضاً جزئياً [٣٤] .

ـ إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن جريمة تزوير وجريمة إختلاس أموال أميرية ، وكان قد دانه بجريمة أخرى لا تتوافر عناصرها ، وكانت العقوبة المحكوم بها عليه تدخل فى حدود العقوبة المقررة للجريمتين اللتين أثبتهما الحكم عليه ، فإنه لا تكون له جدوى من النعى على الحكم بالنسبة للعقوبة الأصلية . إلا أنه يتعين نقضى الحكم فيما قضى به من العقوبة التكميلية وإستنزال قيمة الأشياء المختلسة من

عقوبـــة الرد المحـــكوم بهـــا وما يساويها من الغرامة [٣٥] .

الفرع الثانى

حالة انتفاء المصلحة فى الطعن

يتجه قضاء النقض الجنائى الى التقرير بإنتفاء المصلحة فى الطعن متى أمكن تبرير العقوبة فى حالة الجرائم المتعددة والمرتبطة إرتباطــاً لا يقبــل التجزئة بالنسبة للجريمة الأشد ، ويشترط ألا يكون الخطأ فى القانون شاملاً لكافة الجرائم الثابتة قبل المتهم . وعلى سبيل المثال فإن أحكام محكمة النقض قد إنتهت إلى أنه :

- إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه إعتبر جريمتى إخفاء المسروقات وحيازة - السلاح جريمة واحدة وعاقب الطاعن بالعقوبة المقرر لأشدهما فإنه لا مصلحه له فيما يثيره بشأن عدم قيام ركن العلم فى جريمة إخفاء المسروقات مادامت المحكمة قد دانته بجريمة حيازة سلاح بدون ترخيص وأوقعت عليه عقوبتها عملاً بالمادة ٣٢ عقوبات بوصفها الجريمة الأشد ومن ثم يكون نعيه فى هذا الصدد فى غير محله [٣٦] .

- لا مصلحة للمتهم فى التمسك بما عسى أن يكون الحكم قد وقع فيه من خطأ فى الإسناد وســوء فهم لأقوال الشهود فيما يتعلق بواقعة السرقة التى دين بها مع تهمة بيع الزيت لغير المستهلكين مادام الحكم قد عاقبه على الجريمتين بعقوبة واحدة داخلة فى حدود العقوبة المقررة للجريمة الثانية الواجب معاقبته بها . [٣٧]

- اذا كان الحكم المطعون فيه قد إعتبر الجرائم المسندة الى الطاعنين جميعاً مرتبطة إرتباطاً لا يقبل التجزئة فى حكم المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات وأوقع عليهما العقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم وهى جريمة القذف التى لا مطعن للطاعنين عليها فإنه لا يــكون لهمــا مصلحة فى نعيهما بشأن تهمة الضرب التى أسندها الحكم اليهما [٣٨] .

- اذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه إعتبر جريمتى إخفاء المسروقات وحيازة السلاح جريمة واحدة وعاقب الطاعن بالعقوبة المقررة لأشدهما فإنه لا مصلحة له فيما يثيره بشأن عدم قيام ركن العلم فى جريمة إخفاء المسروقات مادامت المحكمة قد دانته بجريمة حيازة سلاح بدون ترخيص واوقعت عليه عقوبتها عملاً بالمادة ٣٢ من قانون العقوبات بوصفها الجريمه الأشد ومن ثم يكون نعيه فى هذا الصدد فى غير محله [٣٩] .

- لئن كان ما أورده الحكم فى مدوناته ليس فيه ما يتحقق به توافر أركان جريمة الحصول بالتهديد على مبلغ من النقود بغير حق وان يكون التهديد هو الوسيلة إليه والقصــد الجنائى الذى يتمثــل فى أن يــكون الجانى وهو يقارف فعلته عالما بأنه يغتصب ما لا حــق له فيه إلا أنه وقد أعمل الحكم فى حق الطاعن الماده ٢/٣٢ من قانون العقوبــات لمــا بين الجريمتين المسندتين إليه من إرتباط ولم يوقع عليه سوى عقوبة واحدة ، وكانت العقوبة المقررة لكل من الجريمتين واحدة ، وإذا كانت العقوبة المقضى - وهى الحبس مع الشغل لمدة سنة - تدخل فى نطاق العقوبة المقررة قانوناً

لجريمة السرقة مع آخرين المنطبقة على المادة ٥/٣١٧ من قانون العقوبات التى أثبت الحكم توافرها فى حقه ، فإنه لا يجدى الطاعن ما يثيره فى صدد الجريمة الأخرى المرتبطة [٤٠].

ـ ما يثيره الطاعن بالنسبة لجريمة الإشتراك فى التزوير فى أوراق رسمية لا يجديه نفعاً لأنه بافتراض قصور الحكم في التدليل عليه لا يستوجب نقضه مادامت المحكمة قد طبقت عليه حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات وقضت بمعاقبته بالعقوبة الأشد وهى المقررة لجريمة الإختلاس التى اثبتها الحكم فى حقه [٤١].

ـ لا جدوى للطاعن فيما ينعاه على المحكمة من عدم إطلاعها على المحرزات المطعون فيها بالتزوير ، إذ أن الحكم المطعون فيه قد دانه بتهمتى التبديد والاشتراك فى التزوير ، والحد الاقصى لكل من الجريمتين واحد وهو الحبس لمدة ثلاث سنوات والمحكمة لم تحكم عليه الا بعقوبة واحدة تطبيقا للمادة ٣٢ من قانون العقوبات فلا مصلحة للطاعن إذن من طعنه [٤٢].

ـ لا مصلحة للمتهم من التمسك بعدم قبول دعوى الزنا ـ بفرض عدم تقديم شكوى المجنى عليه فى شأنها ـ مادامت المحكمة قد دانته بجريمة الإشتراك فى تزوير المحرر الرسمى وأوقعت عليه عقوبتها عملاً بالمادة ٣٢ عقوبات بوصفها الجريمة الأشد [٤٣].

الحرية ...

الحرية شيىء ينتزعه الرجل لنفسه إنتزاعاً ، لإنها لن تكون يوماً شيئاً نستجديه .

جان جاك روسو

(١) يختلف تعدد العقوبات عن العود فى أنه فى العود يقارف الجانى جرائمه الجديدة بعد سبق الحكم عليه نهائياً فى جريمة سابقة ، أما فى التعدد فهو يرتكبها قبل الحكم عليه فى أية جريمة .

أنظر GAROFALO . " La Criminologie " Paris , 5e éd, Alccan , 1905 , P.334 .

(٢) انظر . GARRAUD (Réne) " Traite Theorique et Pratique de Droit penal francaiss ". Paris , Sirey, 3e éd , 1913 - 1935 . T . 3e , No g81 , P.188

(٣) أنظر - ORTOLAN : Elements de Droit PenaL " . Paris , 5e éd , 1886 , No . 1449 .

- CHALARON : " Le Concours ideaL d'infraction ". Paris Juris-classeur Periodique (Sunaine , aridique) , 1967 , 1. 2088

(٤) انظر -MERLE (Roger). Vitu (Andre) : " Traite de de Droit Criminel " T.I , Paris , Cujas , 2e éd , 1984 , no. 362 , P.466 .

(٥) أنظر. - VONLLSZT : " Traite de Droit Penal al lemand .Paris,. Trad . Franc . Par Lobstein , 1911 , P. 355

(٦) انظر - ORTOLAN : OP . Cite . , No 1449

- Crim . , 3 mars 1960 , Bul letin des arrets de La Cour de Cassation , Chambre Criminel le , 139 , Observation LEGAL , R.J . C . , 1961 , P . 105 Crim . , 5mai 1966 , B . , 139 , Observ . LEGAL , R . J . C . , 1967 , P. 176 , P. 176 , Crim . , 22 Juill 1971 , B . 238 , Jurisclasseur Periodique (Semaine Juridique) , 1971 . Iv . 235 .

(٧) أنظر - MERLE (Roger) & Vitu (Andre) : Traite de droit Criminel

- Droit Penal General . Paris , T.I , Cujas 5e éd, 1984 , No - 455, P.572 .

(٨) أنظر : الدكتور مأمون محمد سلامة : قانون العقوبات " القسم العام " . القاهرة ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٣ ، ص ٥٣٣ .

(٩) أنظر: GHASSEMI : " Le.Concours reeL d'infraction: en droit francais contemporain " Paris , these , 1961 , P.74 ets .

(١٠) أنظر - ROUX : " Cour de droit Criminel Francais " Paris T.L , 2e éd , 1927 .

(١١) انظر الدكتور على راشد : القانون الجنائى ـ المدخل واصول النظرية العامة . القاهرة ، ـ الطبعة الأولى ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٧٠ ، ص ١٣٤ وما بعدها .

(١٢) انظر الدكتور عبد الأحد جمال الدين : دروس فى المبادى الرئيسية القانون الجنائى ـ القسم العام القاهرة ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٤ ـ ١٩٧٥ ، ص ٢٦٩ .

(١٣) أنظر الدكتور محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات " القسم العام " القاهرة ، ١٩٧٤ ، رقم ٤٧ ، ص ٩٣ .

(١٤) انظر الدكتور رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص ٢٦٢ . ـ الدكتور محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات ـ القسم العام . القاهرة ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، بند ١٠٠٥ ، ص ٨٧٤ .

(١٥) أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة : المرجع السابق ، ص ٥٤٧ .

(١٦) أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة : قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض الطبعة الأولى ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٠ ، ٨٥٤ وما بعدها .

(١٧) أنظر الدكتور محمود نجيب حسن : شرح قانون الإجراءات الجنائية . القاهرة ، الطبعه .الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، بند ١٣٣٣ ، ص ١١٨٠ .

(١٨) أنظـر نقض ١٩٥٥/٣/١٤ مجموعـة أحـكام محـكمة النقض س ٦ رقم ٢٠٥ ص ٦٢٢ .

(١٩) أنظـر نقض ١٩٥٦/٤/٢٣ مجموعـة أحـكام النقض س ٧ رقم ١٧٥ ص ٦٢٢ .

(٢٠) أنظر نقض ١٩٥٦/٦/١١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٧ رقم ٢٤١ ص ٨٧٥ .

(٢١) كذلك فإنه متى كانت وقائع الدعوى توجب تطبيق المادة ٣٢ عقوبات فان عدم تطبيقها يكون من الأخطاء التى تقتضى تدخل محكمة النقض لتطبيق القانون على وجه الصحيح .

أنظر ـ نقض ١٩٦٧/١١/٢٧ مجموعـة أحكام محـكمة النقض س ١٨ رقم ص ١١٦٨.

ـ نقض ١٩٧٣/١/٧ مجموعـة أحـكام محكمـة النقض س ٢٤ رقم ١١٩٦ ص ٤٣ .

ـ نقض ١٩٧٣/٦/٤ مجموعة ١٩٧٣/٦/٤ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ٣٨٥ و ٤٢٥ ص ٧٠٦ .

ـ نقض ٧٣/١٢/٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ٩٦٤ ص ١١١٧ .

ـ نقض ١٩٧٥/١١/١٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٦ رقم ١٥٣ ص ٦٩٦.

(٢٢) أنظر نقض ٧ يناير سنة ١٩٧٣ سالف الاشاره اليه .

(٢٣) أنظر نقض ١٩٧٣/٢/٥ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ٢٨ ص ١٢٢ .

(٢٤) أنظر نقض ١٩٧٣/١٢/١٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ٢٥١ ص ١٢٣٨ .

(٢٥) قضت محكمة النقض المصرية فى عام ١٩٠٤ بأن خطأ الحكم فى الإشارة الى النص الواجب التطبيق لا يبطله ، وإنما تصحح المحكمة الإشارة الى النص الصحيح .

أنظر نقضى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية س ٦ رقم ٤٨ ص ١٠٠ ، ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٤٨١ ص ٤٤٤ ، ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض س١ رقم ١٨ ص ٥١

(٢٦) أنظر نقضى ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع س٣ ص ٥٤١ ، ٢٤ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٧٩٨ ص ٧٥٨ ، ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤ رقم ٤٠ ص ٩٠ ، ١٨ فبراير سنة ١٩٧٣ ١٩٧٣ مجموعة أحـكام النقض س ٢٤ رقم ٤٦ ص ٢١٣ ، ٢٢ أبريـل سنة ١٩٧٤ س ٢٥ رقم ٩١ ص ٤٢٥ .

(٢٧) الأستاذ حامد فهمى : نظرية العقوبة المبررة . مجلة القانون والإقتصاد ، جامعة القاهرة ، س١ ، ١٩٣١ ، ص٥٠ .

- الأستاذ على زكى العرابى : المبادىء الأساسية للإجراءات الجنائية . القاهرة ، الجزء الثانى ، ١٩٥١ ، رقم ٦٦٦ ، ص٣١٩ .

(٢٨) كانت المادة ٤١١ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الملغى تنص على أنه " إذا كانت العقوبة المحكوم بها هى نفسها العقوبة التى يقضى بها القانون ، فلا يجوز طلب بطلان الحكم بحجة وجود خطأ فى ذكر النص القانونى " أما المادة (٤١٣) من نفس القانون فكانت تنص على أنه " لا يجوز الطعن بالنقض فى حكم البراءة على أساس عدم مراعاة القواعد الشكلية المتطلبة لتمكين المتهم من إبداء دفاعه " وقد أعملت محكمة النقض الفرنسية نظرية العقوبة المبررة طالما أنتفت المصلحة من الطعن بالنقض ولن يترتب على الطعن تعديل فى منطوق الحكم المطعون فيه .

أنظر - Cass 12 mai 1906 . S . 1906 .S. 1909 . 1.49 , 2. mars 1917 .S. 1920 . 1. 137, 30 JiuLL . 1927 . S . 1929 . 1.159 .

(٢٩) أنظر - ROBERT . La Piene Justifiee . Paris , MeLange Pafin, 1966 , P . 567 .

(٣٠) جاء بالأعمال التحضيرية للقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بصدد المادة ٤٠ أنه " أقر ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من عدم قبول الطعن كلما كانت الواقعة الجنائية التى أثبت الحكم وقوعها تبرر العقوبة المحكوم بها مهما كان هناك من الخطأ القانونى فى وصفها . وهذه القاعدة تبررها مصلحة العمل وهى مقررة فى التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسى والتشريع البلجيكي . وفى هذه الحالة لا تقتصر محكمة النقض على رفض الطعن ، وإنما تصحح الخطأ الذى وقع فى الحكم المطعون فيه وتبين الوصف الصحيح فى منطوق حكمها ، لكي تعمل النيابة على تنفيذه فى صحيفة سوابق الحكم عليه وغيرها من الأوراق الرسمية " .

(٣١) أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة : قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض . القاهرة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٠ ، ص ٤٤٢ وما بعدها .

(٣٢) أنظر نقض ١٢/١٦/ ١٩٧٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ٢٥١ ص ١٢٣٦ .

(٣٣) أنظر نقض ١٩٧٢/٢/٢٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٣ رقم ١٦٤٩ ص ١٩٧ .

(٣٤) أنظر نقض ١٩٧٣/٦/٤ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ١٤٦ ص ٧٠٦ .

(٣٥) أنظر نقض ١٩٥٤/١/١٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٥ رقم ٨٨ ص ٢٦٣ .

(٣٦) أنظر نقض ١٩٧٤/٣/٣١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٥ رقم١٩٢ ص ٣٤ .

(٣٧) أنظر نقض ١٩٥٦/٦/٥ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٧ رقم ١٨٢ ص ٨٤٥ .

(٣٨) أنظر نقض ١٩٧٤/٣/١٠ مجموعة أحكام محكمة الينقض س ٢٥ رقم ٤٩ ص ٢١٧ .

(٣٩) أنظر نقض ١٩٧٤/٣/٣١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٥ رقم ٧٤ ص ٣٤٠ .

(٤٠) أنظر نقض ١٩٧٤/٤/٢٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٥ رقم ٩١ ص ٤٢٥ .

(٤١) أنظر نقض ١١٧٤/٦/٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٥ رقم ١١٧ ص ٥٤٦ .

(٤٢) أنظر نقض ١٩٥٨/١٢/٣٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ١٣٣٧ ص ١١٤٨ .

(٤٣) أنظر نقض ١٩٥٩/١٢/٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٠ رقم ١١٣٢ ص ٩٩٢ .

مدى مسئولية البنك فى الفحص فى عقد الإعتماد المستندى

للسيد الدكتور
جلال أحمد خليل
المحامى بالنقض

يعتبر الإعتماد المستندى بحق روح التجارة الخارجية وإن كان هذا لا يمنع من إعتماده فى التجارة الداخلية .[1]

كما يعد هذا النوع من عمليات البنوك وسيلتها الهامة فى تحصيل وتسوية أثمان البيوع فى العمليات التجارية على المستوى الدولى على وجه الخصوص ، ولما كان الإئتمان هو إحدى الوظائف الهامة للبنوك التجارية تقوم بقصد دعم وتنشيط التجارة بوجه عام فإنه يأخذ فى العمل صوراً شتى ، فقد يأخذ صورة قرض يمنحه البنك لعملية ، أو مجرد إلتزام من جانبه بوضع مبلغ معين تحت تصرف عملية لمباشرة أعماله التجارية ، والبنوك تقوم عادة بهذه الأعمال بعد أن يقدم لها العميل تأميناً خاصاً ويتمثل هذا التأمين فى شكل ضمان شخصى أو عينى ، وقد لا يرى البنك حاجة الى مثل هذا الضمان إكتفاء بثقته فى عميله ، وفى هذه الحالة تكون النقود وسيلة البنك فى خلق هذا الإئتمان . وقد يتخذ الإئتمان شكلاً آخر وذلك بأن يصدر البنك صكوكاً قابلة للتداول ، وفى هذه الحالة فإن البنك يعطى عميله إئتمانًا من خلفه ، ومثال ذلك كمبيالة يسحبُها العميل على البنك مقترنة بما يفيد قبول البنك الوفاء بقيمتها ثم يقوم العميل بإستخدام الكمبيالة للوفاء بما عليه من ديون سواء بتظهيرها أو بطريق خصمها لدى بنكٍ آخر وفى صورة أخرى يتخذ الإئتمان التجارى الذى تقدمه البنوك شكلاً آخر وهو عقد فتح إعتماد ويمكن العميل من ألوفاء بديونه وإلتزاماته تجاه الغير مقابل إلتزام العميل بدفع عمولة أو فائدة للبنك فى المواعيد المتفق عليها . والإعتماد المصرفى يأخذ فى العمل صوراً متغددة [2] فقد يكون إعتماداً نقدياً وذلك بأن يضع البنك تحت تصرف العميل مبلغاً خلال مدة معينة يحددها البنك وقد يكون إعتماداً مصرفياً بإقراض العميل مبلغاً معيناً ، وقد يكون فى صورة أخرى مثل تعهد من البنك بتمويل عملية إستيراد بضاعة لحساب العميل مقابل تسلم البنك مستندآت معينة تثبت حيازتها وتقوم مقامها ، هذه العملية هى المسماة بالإعتماد المستندى فالإعتماد المستندى أذن هو إحدى عمليات البنوك الهامة التى تعرفها التجارة الدولية خاصة فى مجال إستيراد وتصدير البضائع التى تنقل بحراً وعلى وجه الخصوص فى البيوع البحرية المعروفة بإسم البيع سيف " CIF " [3] وهو البيع الذى يتفق فيه على حصول التسليم فى ميناء القيام والتزام البائع بأداء ثمن البضاعة

بالإضافة الى المصاريف وأجرة الشحن ونفقات التأمين والبيع " سيف " هو بيع بضاعة مصدرة بطريق البحر أو الجو الى محل معين ببدل مقطوع يشمل ثمن البضاعة والتأمين عليها وأجرة النقل بالسفينة فالإعتمادات المستندية أذن هو وسيلة هامة فى تسوية الثمن فى البيوع الدولية بموجبها يستطيع المشترى قبض ثمن المبيع من البنك فور الشحن حتى ولو لم تصل البضاعة فعلاً إلى المشترى وذلك بمجرد تقديم للمستندات الدالة على ذلك ، تقرر محكمة النقض بأن فتح الإعتماد هو عقد بين البنك وعميله يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة ولهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التي يراها وفى مقابل الإعتماد يلتزم العميل بأداء العمولة المتفق عليها وهو ملزم بأدائها ولو لم يستخدم الاعتماد المفتوح لصالحه كما يلتزم برد المبالغ التى يسحبها من الإعتماد وفوائدها إذا إشترطت . [٤] ، ويمكن تعريف الإعتماد المستندى بأنه إعتماد يفتحه البنك بناء على طلب أحد عملائه ويسمى الأمر لصالح شخص آخر يسمى المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل ، ويسمى هذا الإعتماد لقاء وثائق أى " Documentary " باللغة الأنجليزية [٥]. ولم يتناول المشرع المصرى شأنه فى ذلك شأن غالبية التشريعات الإعتمادات المستندية بالتنظيم وإنما تركه للعادات التجارية والعرف التجارى ولأحكام القضاء كما لم تحظى دراسة الإعتمادات المستندية بعناية الفقه فيما عدا دراسات قليلة [٦] فمن التشريعات التى عرضت لتنظيم الإعتمادات المستندية لتشريع التونسى الصادر سنة ١٩٦١ ... والعراقى سنة ١٩٧١ وقانون التجارة الكويتى رقم ٦٨/ ٨٠ م كما تضمنه مشروع القانون التجارى .. المصرى فى المواد من ٢٨٢ إلى ٢٨٩ والأردنى الصادر سنة ١٩٦٦ إلا أنها تنظيمات لم تتضمن تنظيمه تفصيلاً . فقانون التجارة المغربى الحالى لم ينظم الإعتماد المستندى وإن كان مشروع القانون . الجارى دراسته قد تضمه فى المواد من ٤٨٠/٤٨٨ لأول مرة فى المغرب حيث عرفت للمادة ٤٨٠ من المشروع الإعتماد المستندى بإنه إعتماد تفتحه مؤسسة بنكية بطلب من شخص آخر لفائدة عميل له يكون مضمون بحيازة المستندات الممثلة للبضائع أثناء نقلها أو المعدة للنقل [٧] .

كما ورد تعريف الإعتماد المستندى فى قانون التجارة الأردنى رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ فى الماده ١/١١٨ من القانون المذكور إلا أنه تعريف قاصر يتعلق بالإعتماد المالى وهو غير الإعتماد المستندى المعروف موضوع . هذا البحث على إعتبار أن الإعتماد المالى وحسب تعريف المادة المذكورة له هو عقد يلتزم فاتح الإعتماد أن يضع بعض الأموال تحت تصرف المعتمد له يحق له أن يتناولها دفعة واحدة أو دفعات متوالية بحسب احتياجه خلال ميعاد معين وهو ما يسمى فى العرف البنكى بالحساب الجارى المدين . وقد عالجت المواد ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ من قانون التجارة الأردنى الإعتماد بصورة موجزة

لا تغطي كل جوانبها ، كما عرفته محكمة التمييز الأردنية على (أن فتح الإعتماد المستندي حسبما أستقر الفقه والقضاء على تعريفه هو قرض معلق على شرط توقيفي وهو طلب العميل للنقود التي وعد بها بحيث إذا حصل العميل على ما يلزمه من النقود بقدر حاجته تنفيذاً لعقد الإعتماد ، فإن المبلغ الذي حصل عليه يعتبر قرضاً وتسري عليه قواعد القرض التي من ضمنها الإلتزام بدفع فائدة عن المبلغ المدفوع) [8]

وهذا ... التعريف يعيبه القصور ذلك أنه لا يعالج إلا صورة واحدة من صور الإعتماد المالي أو إعتماد القرض دون الصور الأخرى ، وفي حكم آخر ، عرفت محكمة التمييز الأردنية [9] بما يلي :

هو تعهد صادر عن البنك بناء على طلب الآمر (المشتري) يلتزم المشتري بدفع ثمن وعلى ذلك فإن الإلتزامات المترتبة على إنشائه تنحصر في ذمة طرفي العقد وهما الآمر (المشتري) والبنك فقط ، ولا يتحمل المستفيد (البائع) من الإعتماد بأي إلتزام ، ويلتزم البنك بموجبه أن يدفع قيمة المستندات إلى المستفيد وبعد ذلك يضع المستندات المتعلقة بشحن البضاعة تحت تصرف الأمر مقابل حصوله على قيمتها من الأمر المذكور كما يلتزم المشتري الزمر بموجبه بدفع قيمة المستندات موضوع الإعتماد إلى البنك عند ورودها منه وإستطردت محكمة التمييز الأردنية في حكمها الى القول :

ومن حيث أن إلتزام المشتري في الإعتماد المستندي بدفع قيمة المستندات ينشئ في ذمته إلتزاماً بدفع قيمتها بنفس العملة الأجنبية التي دفع بها البنك بموجب الإعتماد ، فإنه يترتب على ذلك بأن يرد للمشتري ما يعادل هذا المبلغ بالعملة المحلية (الدينار الأردني) طبقاً لأسعار الصرف في بلد الآمر (المشتري) وقت الرد ... » ولذلك فأن المشتري هو الذي يتحمل تقلبات أسعار الصرف اذا أدت الى إنخفاض قيمة النقد المحلي بسبب إرتفاع قيمة العملة الأجنبية عند الرد كما عرفته محكمة التمييز الكويتية بأنه (عقد يتعهد البنك بمقتضاه بناء على طلب أحد عملائه) الآمر بفتح الإعتماد لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل . ويعتبر عقد الإعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الإعتماد بسببه ، وهو العقد الذي يحكم وحده إلتزام كل من طرفيه فإذا أتفق البائع والمشتري على تسوية الثمن بينهما بطريق الإعتماد المستندي فأن التزام المشتري بفتح الاعتماد أنما ينشأ من عقد البيع ، فإذا قام بفتح الإعتماد بالثمن وفقاً للشروط المتفق عليها بعقد البيع يكون قد قام بتنفيذ إلتزامه قبل البائع ، ويصبح التزام هذا الأخير بأداء التزامه مستحقاً في ذات الوقت ويلزمه أداؤه ، وعلى ذلك فأن حيازة البنك للمستندات المشترطة من قبل عميله في عقد فتح الإعتماد يتوقف إلتزام البنك بالوفاء بقيمة الإعتماد [10] .

فالإعتمادات المستندية إذن

وكما سلف البيان هى الوسيلة العملية التى يتم عن طريقها تسوية ثمن البضائع فى التجارة الخارجية وبصفة خاصة فى اطار البيع الدولى الذى يتم بين طرفين متباعدين [١١] . كما أنها وسيلة ملائمة لتوفير الثقة بين البائع والمشترى ، فالمشترى لا يطمئن الى دفع ثمن البضاعة إلا إذا تحقق من وصول بضاعته ، كما لا يطمئن البائع إلى تسليم بضاعته إلا إذا قبض ثمنها [١٢] .

ومن هنا ظهرت الحاجة الى الإستعانة بالمستندات التى تصدر بمناسبة تنفيذ البيع الدولى والتى تقوم حيازتها مقام حيازة البضاعة ذاتها وإلى الإستعانة بشخص وسيط يشق طرفى الصفقة (البائع والمشترى) ، وعن طريقه تسلم المستندات والثمن وبالشروط التى تضمن حقوق كلا الطرفين ومن هنا كانت فكرة الإعتمادات المستندية التى تمثل المستندات الدور الهام في تنفيذ أحكامها بل وتتركز حولها كل المشكلات العملية التى تحدث فى التطبيق بمناسبتها .

وبعبارة جامعة فإن الإعتمادات المستندية تهدف أساساً الى تأمين طرفى البيع وتمويل الصفقة ، ويثور التساؤل فيما يتعلق بتنفيذ البنك لأحد التزاماته تجاه عمليه الآمر بالإعتماد وهو الإلتزام بفحص المستندات التى تسلمها من البائع أو من البنك الوسيط عما إذا كان دور البنك يقتصر على مجرد تسلمه للمستندات وفحصها لتقدير مدى مطابقتها لشروط عقد الاعتماد أم أن دوره أوسع مدى من ذلك ومن ثم تقوم مسؤوليته إذا لم يتحر الدقة فى قيامه بعمله بإعتباره ممتهناً ومحترفاً القيام بهذا العمل لمصلحة عملية ؟ ونظراً لأهمية هذه المسألة من الناحية العملية وعدم إستقرار الأحكام القضائية الصادرة فى شأنها فسوف أحاول معالجتها بعد أن أتعرض لمضمون التزامات البنك تجاه كل من الآمر بالإعتماد والمستفيد منه ، خاصة وأن البنك فاتح الإعتماد غريب عن العلاقة فيما بين البائع والمشترى ولا شأن له بها [١٣] ، رأيت تقسيم هذا البحث الى ثلاثة فصول وسوف أعرض فى الفصل الأول أنواع الإعتمادات المستندية ، وفى الفصل الثانى الطبيعة القانونية للإلتزام تجاه المستفيد وفى الفصل الثالث إلتزامات البنك تجاه عميله ومعيار تقدير مسئوليته عند قيامه بالفحص للمستندات .

١ ـ **الفصل الأول** : ـ أنواع الإعتمادات المستندية .

٢ ـ **الفصل الثانى** : ـ الطبيعة القانونية لإلتزام البنك بالدفع للمستفيد .

٣ ـ **الفصل الثالث** :ـ إلتزامات البنك تجاه عميله وتقدير مدى مسئوليته .

٤ ـ خاتمـــة .

الفصل الأول :

أنواع الإعتمادات المستندية

تمهيـــد :

نشأت الإعتمادات المستندية من واقع الحاجة اليها فى الحياة العملية ، ولذلك فإن القواعد الخاصة بها هى مجموعة من العادات التى قد تختلف من دوله لأخرى من ناحية ، والتى

لا يلتزم المتعاملون بتطبيقها فى جميع الحالات من ناحية أخرى إلا إذا اتفقت إراداتهم على ذلك إلا أنه ظهر على الصعيد الدولى حاجة قوية الى توحيد أحكام الإعتمادات المستندية حيث ظهرت أول صياغة دولية تحكم الاعتمادات المستندية فى عام ١٩٣٣ فى فيينا ، حيث وضعت القواعد والعادات الخاصة بتوحيد الإعتمادات المستندية وأعيد صياغتها عام ١٩٥٢ فى لشبونة ، ثم فى عام ١٩٦٢ فى باريس ، وفى عام ١٩٧٤ وضعت غرفة التجارة الدولية ولجنة قانون . التجارة الدولى قواعد يطلق عليها " الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية " . ثم عدلت فى ٣١ يونية ١٩٨٣ على أن يبدأ العمل بها فى أول أكتوبر ١٩٨٤ وهذا التعديل الأخير هو ما يجرى عليه العمل فى غالبية عمليات البنوك فى مختلف أنحاء العالم فى الوقت الحاضر ، والذى سنشير اليه فى الدراسة . يمكن تقسيم الاعتمادات المستندية بالنظر اليها من زاويتين :

الاولى : تتعلق بآثارها
والثانية : تتصل بفوائدها :

المبحث الأول

الاعتمادات المستندية بالنظر الى ما يترتب عليها من آثار قانونية :

أ- الاعتماد المستندى البات أو غير قابل للالغاء Créditirreu Ocable

الإعتماد المستندى غير القابل للإلغاء أو القطعى هو الذى لا يجوز إلغاءه أو تعديله إلا بإتفاق ذوى الشأن جميعاً . فهذا النوع من الإعتماد هو تعهد ثابت ونهائى يلتزم به المصرف فاتح الإعتماد وجميع الأطراف بصورة قطعية ، والمقصود بالأطراف فى هذا الصدد العميل الآمر والمستفيد وجميع البنوك المتدخلة فى تنفيذ الإعتماد بأى شكل كان [١٤] وقد عرفته المادة ١٠ / أ من الأصول والأعراف الموحدة لسنة ١٩٨٣ بأنه تعهد نهائى من البنك المصدر له بشرط أن تكون المستندات المشترطة مقدمة وأن تكون شروط الإعتماد قد روعيت فالإعتماد المستندى القطعى يفيد وجود تعهد نهائى لا يمكن الرجوع فيه أو تعديله ، دون موافقة جميع الأطراف المعينة ولا يعتبر القبول الجزئى لتعديل ما ورد به نافذاً بدون موافقتهم فمتى أخطر البنك مصدر الإعتماد المستفيد بهذا الاعتماد نشأ فى ذمته إلتزاماً شخصياً ومباشراً تجاهه بتنفيذ ما جاء بالإخطار [١٥]

والتزام البنك فى هذا النوع من الإعتماد هو إلتزام بات فيمتنع عليه الإخلال بما إلتزام به [١٦] كما يمتنع عليه التمسك قبل المستفيد بالدفوع المستمدة من عقد البيع لأن التزامه فى هذا الصدد التزام مجرد ، ولكن يجوز [١٧] للبنك أن يتمسك قبل المستفيد بالدفوع المستمدة من شروط خطاب الإعتماد ، كما أخطر بها المستفيد لأن هذه الشروط مستمدة من ذات التصرف وهو خطاب البنك الذى التزم بمقتضاه قبل المستفيد وعلى ذلك إذا تم تقديم المستندات المطلوبة من قبل المستفيد فلا يجوز للبنك الإمتناع عن الدفوع حتى ولو تلقى تعليمات مخالفة من عملية

الآمر بالإعتماد ، والإستثناء الوحيد على ذلك هو حالة وجود غش أو تدليس من جانب المستفيد ، وتعد هذه الحالة تطبيقاً للقواعد العامة فى المسؤلية المبنية على خطأ واجب الإثبات ، وهو ما يقع على البنك التصدى له وليس الأطراف الآخرى فى عقد الإعتماد [١٨] ، ولكن بالمقابل يستطيع المشترى الآمر بالاعتماد إذا تبين له أن البضاعه محل الإعتماد ليست مطابقة لما طلبه من المستفيد أن يوقع حجزاً على ما للمستفيد لدى الغير ، أى على الأموال التى تحت يد البنك والتى لم يتم تحويلها للمستفيد البّائع ، رغم تسليم البنك للمستندات المطابقة من هذا الاخير ورغم أنه أصبح ملتزماً فى مواجهته مباشرة فى الإعتماد القطعى بمجرد إبلاغ خطاب الإعتماد الى المستفيد فمنذ هذه اللحظة يصبح هذا الإلتزام نهائياً غير جائز الرجوع فيه [١٩] .

فالإعتماد المستندى يعمل على إستقلال عن عقد البيع المبرم بين العميل الآخر والبائع ويبقى البنك أجنبياً عنه [٢٠] .

ب ـ الإعتماد المستندى القابل للإلغاء " Révocabee "

وهذا النوع من الإعتماد قابل للنقض أى قابل للرجوع فيه من جانب البنك الذى أصدره فى أى وقت ، بمعنى أن الإخطار الذى يرسله البنك الى المستفيد يتضمن حقه فى الغائه أو تعديل شروطه ، وإذا كان هذا النوع من الإعتماد لا يترتب أى مسئولية والحال كذلك فى مواجهة البنك فإنه يبدو قليل الأهمية من الناحية العملية إذ لا يوفر أى ضمان للمستفيد ومن ثم فهولا يحقق الغاية من الإعتماد المستندى ، وهو تأمين طرفى الصفقة ، ولذا فإن إستعماله عادة يكون حيث تقوم الثقة فيما بين البائع والمشترى ، ويكون فتح الإعتماد فقط لتنظيم طريقة الدفع [٢١] ، وقد نصت على هذا النوع من الإعتمادات (المادة ١٧) من الأصول والأعراف الموحدة سنة ١٩٨٣ ، ولا يجوز للبنك إلغاء الإعتماد المستندى غير القابل للإلغاء بسؤ نية بقصد الإضرار بسمعة العميل الآمر ، وإلا كان مسئولاً أمام العميل طبقاً للقواعد العامة فى المسؤلية المبنية على خطأ واجب الإثبات إلا أنه لقلة الضمان الذى يوفره هذا النوع من الإعتمادات فقد عزف عنه المصدرون حماية لمصالحهم لأنه وسيلة تمويل غير مطمئنة ، وعديمة الفائدة إذ يمكن أن يؤثر عليه أى خلاف ينشأ بين البائع والمشترى [٢٢] إلا أن الجدير بالذكر أن (الماده ٩) من القواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣ تنص على التزام البنك الآمر بالإعتماد بتعويض البنك المراسل عن أى وفاء قام به فى مقابل مستندات ظاهرها مطابق لشروط الإعتماد قبل إستلامه إخطار التعديل أو الإلغاء ونظراً لقلة الضمان الذى يوفره هذا النوع من الإعتمادات فقد حاول الفقه أن يفسر الطبيعة القانونية له بإسنادها الى فكرة الإلتزام الطبيعى الذى يقتصر فيه الإلتزام على عنصر المديونية دون المطالبة أو المسئولية ومن ثم فلا يستطيع المستفيد أن يخبر البنك على الوفاء له بقيمة الإعتماد لأن

هذا الإعتماد وعد غير ملزم من جانب البنك [٢٣] وهذا التفسير فى الواقع هو الأقرب الى الصواب نظراً لطبيعة هذا النوع من الإعتمادات إلا أنه يثور التساؤل عن كيفية معرفة ما إذا كان الإعتماد قطعياً أم غير قطعى ؟ يمكن أن نفرق هنا بين حالتين :

أ ـ اذا كانت عبارات خطاب الإعتماد صريحة فيعتد بها لأنه لا إجتهاد أمام صراحة اللفظ والنص .

ب ـ حيث لا تحدد عبارات الإعتماد المعنى المقصود فقد تفيد العبارات المعنيين القطعى وغير القطعى ، وقد يقال أن الإعتماد يكون فى هذه الحالة قطعياً لأنه يوفر الضمان للبائع ويؤمن تنفيذ عقد البيع ويحقق الأمان والطمأنينة قبل البدء فى التنفيذ وتلك هى غاية الإعتماد ولكن هذا المفهوم لا يتفق والقواعد الموحدة التى تحكم الإعتمادات المستندية ، فالمادة ٧ من القواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣ تشترط صراحه النص فى كافة الإعتمادات عما إذا كانت قابلة للإلغاء أم نهائية وقطعيــة ، ومن الواضـح أنـه لا يتوجب لإعتبار الإعتماد قطعياً إستخدام عبارات معينة أو عنونة الإعتماد بذلك فالعبرة هى بجوهر الشروط المدونة فيه ومؤدى ذلك أن صفة القطعيــة لا تفترض فلابد من النص عليها صراحة فى الإعتماد ، وإذا لم تكن العبارات واضحة فيجب على البنك الرجوع الى عميله لتوضيح ذلك [٢٤] ومما هو جدير بالذكر أن مشروع القانون التجارى المصرى فى المادة ٢/٢٨٤ منه نص على إعتباره الإعتماد فى حالة السكوت عن تحديد ما إذا كان قطعياً . من عدمه وهو نص يتعين تداركه لمخالفة ذلك للقواعد المتبعة فى الأعراف الدولية .

جـ - الإعتماد المؤيد
" Credit confirme "

والإعتماد المؤيد هو إعتماد بات أو قطعى بطبيعة الحال ، علاوة على أنه معزز أو مؤيد من قبل بنك آخر غير البنك الذى فتح الإعتماد [٢٥] . وفى هــذا النــوع من الإعتمـادات لا البنك الفاتح للإعتماد بمجرد الطلب الى بنك آخر فى بلد البائع المستفيد بتبليغه بالإعتماد وشروطه ، ولكن أيضا بتعزيز إلتزامه قبله فيعلن للبائع صراحة أنه ملتزم أمامه بالإعتماد وبالشروط الواردة فيه [٢٦] .

ويحقق التأييد مزايا جمة للمستفيد لا يحققها الإعتماد القابل للنقض ، أبرزها أن البنك المؤيد يقع فى بلد المستفيد ، فيستطيع أن يسحب كمبيالة عليه بقيمة الإعتماد وفى حالة الخلاف يستطيع أن يخاصمه وينفذ عليه الحكم بيسر وسهولة ، وهذه المزايا لا يحققها الاعتماد القطعى ، والهدف من تعزيز الإعتماد البات ، فى هذه الحالة هو توفيرأكبر قدر من الاطمئنان للبائع ، وذلك بأشتراط تعهد بنك آخر ، ويتم هذا بطبيعة الحال باتفاق بين البائع والمشترى الذى يلتزم بداهة بالعمولة التى يتقاضاها البنك نظير تعهده للإعتمـاد الأصلى . وتأييد الإعتماد القطعى يضيف الى إلتزام البنك المنشئ إلتزاماً للبنــك المراســل أيضـاً ولــكن

لا يعتبر قيام البنك الوسيط بإبلاغ الإعتماد الى المستفيد تأييداً له بل يجب أن يصرح صراحة بأنه يلتزم به [٢٧] ومن نافلة القول أن تقرر أن التأييد لا يرد إلا على إعتماد قطعى ذلك لأنه فى حالة الإعتماد القابل للالغاء يكون البنك فاتح الإعتماد غير ملتزم قبل المستفيد ، ومن ثم فليس هنا لك ما يصلح لأن يكون موضوعاً للتأييد من جانب بنك ثان .

ويترتب على تأييد الإعتماد البات ، بطبيعة الحال من جانب بنك آخر أن يلتزم بدوره بصفة قطعية مباشرة قبل المستفيد .

د- الإعتماد القابل للتحويل

ويقصد به الإعتماد الذى يعطى الحق للمستفيد منه بتوجيه تعليماته الى البنك مصدر الإعتماد .

ليقوم بالوفاء بقيمة الإعتماد كلياً أو جزئياً لصالح المستفيد أو المستفدين الآخرين [٢٨] . ويجب أن يكون النص على تحويل الاعتماد صريحاً ، ولا يجوز أن يتم التحويل إلا مرة واحدة (م٤٦ من القواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣) . ذلك لأن حق المستفيد فى تحويل الإعتماد هو حق شخصى إلا إذا إتفق على خلاف ذلك ، ولهذا السبب إذا حول المستفيد الإعتماد الى شخص آخر مخالفاً بذلك شروط الإعتماد ، فأنه يحق للبنك فاتح الاعتماد أن يرفض الدفع دون أن يلزمه هذا الرفض شيئاً .

ويجب أن يكون التحويل صريحاً ، وبعبارات واضحة دالة عليه وينشأ إلتزام البنك فاتح الإعتماد فى حالة الإعتماد القابل للتحويل شأنه فى ذلك شأن الإعتماد العادى بمجرد تصدير خطاب الإعتماد الى المستفيد أو المحول إليه وهو ما تقرره محكمة النقض فى حكم لها [٢٩] بالقول " بأنه إذا كان مؤدى النص فى عقد الإعتماد على قابليته للتحويل أنه يجوز للمستفيد نقله كله أو بعضه إلى شخص يسمى المستفيد الثانى يحل محله فى تنفيذ إلتزاماته الواردة بعقد الإعتماد طبقاً لذات الشروط المتفق عليها فيه فأن إلتزام البنك فاتح الاعتماد بالوفاء بقيمته ينشأ بمجرد تصدير خطاب الإعتماد الى المستفيد أو من يعينه والأصل أن هذا الخطاب وحده هو مرجع فى تحديد إلتزام البنك قبل المستفيد حتى ولو تضمن شروطاً مغايرة لما ورد فى عقد فتح الإعتماد الأصلى ، ولكن ما تجدر ملاحظته على حكم النقض سالف الذكر أنه لا يجوز للبنك أن يبلغ المستفيد بشروط تخالف تلك المنصوص عليها فى عقد الإعتماد إذ يجب أن ينفذ ما تم الاتفاق عليه مع العميل فى خطاب الاعتماد الذى يبلغ المستفيد ولو فعل ذلك البنك لقامت مسئوليته عن هذا الخطأ أمام عميله ، أما بالنسبة للمستفيد فهو لا يتقيد إلا بما ورد فى خطاب الإعتماد فقط .

المبحث الثانى

تقسيم الإعتمادات بالنظر إلى ما تحققه لأطرافها من فوائد :

وهناك إعتمادات أخرى تقوم البنوك بابرامها مع عملائها ولكنها أقل ذيوعا من النوع الأول من الإعتمادات فى الحياة العملية ويمكن أن نذكر منها :

أ ـ الإعتمـــادات المباشـرة والإعتمادات الدائرية أو المتجددة :

الإعتماد المباشر : ـ هو الذى ينفذ لدى بنك معين سواء أكان هو البنك فاتح الإعتماد أو مراسله أو فرعه فى الخارج . وهذا النوع من الإعتماد هو الصورة البسيطة للإعتمادات المستندية ويتم الدفع فيه مرة واحدة متى قدمت المستندات المطلوبة خلال مدة الإعتماد .

ب ـ أما الاعتماد المتجدد :

فهو يكون حين لا تسمح ظروف العميل تسليم البضاعة المتفق عليها مرة واحدة وإنما تسلم على دفعات متعددة وبحيث لا تتجزأ قيمة الإعتماد بحسب تسليم البضاعة ، كما هو الشأن فى حالة الإعتماد القابل للتجزئة وإنما يكون للبائع أن يقدم بضاعته بقيمة الإعتماد المفتوح لصالحه خلال مدة معينة ثم يقدم بضاعة تالية بنفس المقدار وهذا الإعتماد هو نوع جديد إبتكره العمل المصرفى وهو يكون فى حالة ما إذا كان المشترى داخلاً مع البائع فى عدة عمليات تجارية فبدلاً من فتح إعتماد مستقل لكل عملية على حده فأنه يقوم بفتح إعتماد واحد يتجدد بالنسبة إلى كل العمليات التى يقوم بها المستفيد [٣٠] .

ومما تجدر ملاحظته أن البنك يلتزم بالنسبة لهذا النوع من الإعتماد فى حدود مبلغ معين أمام المستفيد بالنسبة إلى كل العمليات المتفق عليها ومن هنا تبدو خطورته فى إمكانية إمتداده لفترة طويلة قد تتغير فيها الظروف . والإعتماد المتجدد هو كالإعتماد المباشر قد يكون قطعياً أم غير قطعى مؤيداً أو غير مؤيد محلياً أو خارجياً .

جـ الإعتماد الأصلى والإعتماد المساعده " Back toback credit "

والإعتمادات الأصلية لا خلاف عليها فهى إعتمادات مباشرة لهاشروطهاوقواعدهاأما الإعتمادات الفرعية فيفترض فيها أن هناك إعتمادات أصلاً يحق للمستفيد أن يستند اليها فى إنشاء إعتماد فرعى مستقلاً عن الإعتماد الأصلى ، فالمستفيد يستعمل مبلغ الإعتماد الأصلى كضمان أو غطاء لأصدار إعتماد آخر هو الإعتماد الفرعى لإستيراد ذات البضاعة من منتجها أو الخامات اللازمة لصناعتها ، وهو إعتماد ذائع الإنتشار فى الولايات المتحدة الأمريكية إلا أن المستندات التى تقدم فى الإعتماد الفرعى تختلف بطبيعة الحال عن تلك التى تقدم فى الإعتماد الأصلى ، ومما هو جدير بالذكر أن موافقة البنك على إصدار إعتماد فرعى تعنى مضاعفة المخاطر التى قد يواجهها مع عميله لأن ضمان البنك الذى يرتكز على الاعتماد الأصلى ضمان إحتمالى بحت فقد يفاجأ بعدم قدرة المستفيد الثانى فى الإعتماد الفرعى على إتمام الشحن وتسليم المستندات بل وتسلم القيمة المستحقة من البنك ولذلك تراعى البنوك الحذر واليقظة فى الموافقة على فتح هذا النوع من الإعتمادات إذا لا تسمح بذلك إلا إذا كانت على ثقة من قدرة المستفيد الأصلى ومتانة مركزه المالى .

د ـ وهناك تسميات آخرى للإعتمادات المستندية كالإعتمادات ***القابله للتجزئة*** وغير القابلة لها فالإعتماد القابل للتجزئة هو

الذى يسمح فيه بتجزئة شحن البضاعة على دفعات مع سحب قيمة كل دفعة بعد تقديم المستندات المطابقة لشروط الإعتماد ويقع هذا الإعتماد عادة فى عقود التوريد الكبيرة والتى لا تتيح للبائع أن يقدم البضاعة دفعة واحدة [٣١] أو حيث يكون من مصلحة المشترى تسلم البضاعة على دفعات أما الإعتماد غير القابل للتجزئة فهو الصورة العادية للإعتمادات المستندية. وهناك إعتمادات الدفع المقدم الذى يسمح فيه للمستفيد بصرف ثمن البضاعة على دفعات أو مرة واحدة قبل أن يبدأ فى شحن البضاعة ودون تقديم مستندات إلا أنه يجب عليه أن يقدم المستندات المطلوبة خلال مدة صلاحية الإعتماد وهذا النوع من الإعتمادات جرى العمل عليه على وجه الخصوص فى تجارة الصوف فى أستراليا وجنوب أفريقيا حيث يحرر شرط الدفع المقدم أو المعجل بالمداد الأحمر ولذلك جرى العمل أن تطلق على هذا النوع من الإعتمادات بشرط المداد الأحمر " Redink clause " وهناك أيضا إعتماد الدفع الفورى وهو الذى يتم فيه دفع قيمة الإعتماد بمجرد تقديم المستندات المتفق عليها فى عقد البيع وخطاب الإعتماد وبعد فحصها من جانب البنك والتأكد من صلاحيتها ومطابقتها ، والواقع أن هذا النوع يبدو الصورة المثلى للإعتمادات المستندية [٣٢]

ومما هو جدير بالذكر أنه فى جميع أنواع الإعتمادات المستندية يجب على البنك فاتح الإعتماد أن يقوم بإخطار البائع المستفيد بطبيعة الإعتماد المخصص له حتى يستطيع أن يحدد مركزه بالنسبة للمشترى كما أن البنك يفتح لعميله الإعتماد بمقتضى عقد الإعتماد المبرم بينهما طبقاً لأوامر العميل وشروطه .

الفصل الثانى

الطبيعة القانونية لإلتزام البنك بالدفع للمستفيد

تمهيد :

فى إطار الإعتماد المستندى تنشأ ثلاث علاقات :

علاقة بين البائع والمشترى أى بين المستفيد وفاتح الإعتماد ويحكم هذه العلاقة عقد البيع المبرم بينهما وعلاقة بين المشترى أى فاتح الإعتماد والبنك ويحكم هذه العلاقة عقد فتح الإعتماد المستندى وعلاقة بين البنك والبائع أى المستفيد ويحكم هذه العلاقة خطاب الإعتماد . ومتى قام البنك بفتح الإعتماد لصالح عميله الآمر وأخطر المستفيد بما يسمى خطاب الإعتماد فقد نشأ فى ذمته إلتزاماً نهائياً بدفع قيمة الإعتماد إلى (المستفيد) متى قدم المستندات المطلوبة فى خطاب الإعتماد خلال مدة صلاحية الإعتماد [٣٣] .

وهذا الإلتزام يعتبر إلتزاماً مستقلاً عن عقد البيع الذى تم أصلاً بين البائع والمشترى وهو كذلك إلتزام مستقل عن عقد الإعتماد الذى أبرمه البنك مع عميله المشترى إلا أنه رغم التسليم بإلتزام البنك على هذا النحو فقد ثار التساؤل عن طبيعه ومصدر هذا الإلتزام الذى يقع على عاتق البنك والذى يكتسب به البائع المستفيد حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه هو عقد الإعتماد ، ذلك لأن البائع هو غريب وأجنبى عن عقد

الإعتماد الذى تم فيما البنك والعميل المشترى تعددت الآراء فى هذا الشأن ويمكن أن نرددها إلى النظريات الرئيسية التالية :

١ـ نظرية والوكالة :

ذهب بعض الفقهاء الى أن التزام البنك بالدفع للمستفيد يجد مصدره وسببه فى وكالة بأجر غير قابلة للرجوع من جانب البنك ويؤيدون ذلك بأن طلب فتح الإعتماد المقدم من العميل الآمر يعتبر بمثابة توكيل صادر للبنك بفتح الاعتماد ويتم تنفيذه عن طريق قبول الكمبيالة المسحوبة عليه والوفاء بها [٣٤] .

وطبقاً للقواعد العامة فى عقد الوكالة يلتزم الموكل بأن يدفع للوكيل جميع ما أنفقه من مبالغ فى سبيل تنفيذ الوكالة . ولازم هذا التكيف أن تقوم مسئولية البنك مصدر الإعتماد فى إنابته مصرفاً آخر أو مراسلاً فى إنهاء واقعة فتح الإعتماد إلى المستفيد وهذا ما تقضى به القواعد العامة فى عقد الوكالة ، وعلى هذا الأساس إذا رخص الموكل الوكيل فى إقامة نائب عنه دون تعيين شخص هذا النائب فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه فى إختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات وفى هذه الحالة يجوز للموكّل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر والواقع أن موطن الضعف فى هذه النظرية هو قصورها عن تفسير الحق المباشر الذى يتمتع به المستفيد قبل البنك ، خاصة فى عقد الإعتماد البات ذلك لأن الوكالة كتصرف قانونى تتصرف آثارها الى الموكل مباشرة فى حين أن الوكيل وهو البنك فى عقد الإعتماد هو الذى يتحمل الإلتزام شخصياً قبل المستفيد .علاوة على ذلك فإن الوكالة هى من العقود القائمة على الإعتبار الشخصى تنتهى بموت الموكل أو إفلاسه أو فقده لأهليته فى حين أن الآمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقد الإعتماد وإلتزام البنك الناشئ عنه .

فإذا أضفنا الى ذلك أن الأصل فى الوكالة أنها من عقود التبرع وتنقضى بتنازل الوكيل عنها فى تنفيذها عناية الشخص العادى وليس هذا شأن إلتزام البنك الذى لا يقتصر إلتزامه على بذل عناية معينة ولكن بتحقيق نتيجة هى تنفيذ شروط عقد الإعتماد بينه وبين عميله ، ويسأل عن أى خطأ يقع فى ذلك فإذا قبل البنك مستندات غير مطابقة لما هو وارد فى عقد الإعتماد أعتبر مخطئاً وحق لعميله الرجوع عليه بالتعويض طبقاً لقواعد الوكالة بل ويستطيع العميل أن يمتنع عن الدفع للبنك لأى مبلغ يكون قد دفعه للمستفيد .

لكل ذلك فإن نظرية الوكالة لا تنهض أساساً كافياً لتأسيس إلتزام البنك بالدفع الى المستفيد مع أنه ليس طرفاً فى عقد الإعتماد ، ولذلك رفضها القضاء المصرى [٣٥] .

(٢) نظرية الإشتراط لمصلحة الغير .

وقد رأى البعض فى فكرة الإشتراط لمصلحة الغير التبرير المعقول لإلتزام البنك فى الإعتماد المستندى إذ يرى أنصار هذه النظرية أن الحق المباشر للمستفيد تجاه البنك ينشأ

من تاريخ عقد فتح الإعتماد بواسطة العميل الآمر ، إذا يشترط هذا الأخير على البنك التعهد بالدفع للمستفيد الذى يكتسب حقه فى هذا الإشتراط رغم كونه أجنبياً عن العقد متى أعلن قبوله خطاب الإعتماد الموجه إليه [٣٦] .

ويكمن موضوع النقد فى هذه النظرية أن المتعهد وإن كان يلتزم إلتزاماً جديداً تجاه المستفيد إلا أنه ليس إلتزاماً مستقلاً عن علاقته بالمشترط ، حين أن الآمر يبدو مختلفاً فى إلتزام البنك فهو إلتزام مستقل عن عقد الإعتماد ولا يجوز الرجوع فيه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن هذا الإلتزام بعيد الصلة عن إلتزامه قبل العميل الآمر ومثل هذا الإستقلال هو الضمان الأساسى الذى يكفل للبائع حقه الأكيد فى الحصول على مبلغ الإعتماد مهما طرأت تغيرات فى علاقته بالمشترى [٣٧] .

(٣) نظريه القبول المسبق :

وصاحب هذه الفكرة " هنرى روسو " ومؤداها أن خطاب الإعتماد الذى يبلغ به المستفيد يعتبر قبولاً من البنك للكمبيالات التى سيقوم البائع بسحبها عليه تنفيذاً للإتفاقات السابقة بينه وبين المشترى وهو قبول منفصل يتم بسند بعيد عن الكمبيالة [٣٨] .

وأهم ما يوجه الى هذه النظرية من نقد أن القبول يجب أن يوضع على نفس الكمبيالة لا على ورقة مستقلة أو منفصلة عنها إلا إذا إستغرقت التوقيعات كل جزء فيها [٣٩] .

كما وأن القبول يجب أن يكون باتاً ، غير معلق على شرط فى حين أن إلتزام البنك فى خطاب الإعتماد مقيد بتسلمه مستندات مطابقة لشروط الإعتماد . كما وأن الحق فى الإعتماد غير قابل للحوالة أو النقل إلى شخص آخر وذلك على عكس الحال بالنسبة للتعهد الناشئ عن القبول المصرفى الى كل من يحمل الكمبيالة كما علاوة على أن هذه النظرية لا تصلح فى حالة الإعتماد الذى يتم تنفيذه عن طريق الدفع الفورى .

(٤) نظرية الكفالة التضامنية :

وقد ظهر هذا الإتجاه فى البداية فى حكم لمحكمة النقض الفرنسيه [٤٠] ، حيث إعتبرت أن مجرد فتح البنك إعتماداً لصالح عميله المشترى فإنه يصبح كفيلاً للمشترى فى إلتزامه بدفع مبلغ الإعتماد أمام البائع ، ورتبت المحكمة فى هذا الحكم أنه بمجرد أن يتقدم البائع بالمستندات المطلوبة للبنك فإنه لا يستطيع أن يرجع فى تعهده بالدفع أو أن يدعى أنه غير متضامن مع المشترى كى يتحلل من التزامه بالدفع ، خاصة إذا لم يدفع له المشترى عمولته وكل ما يملكه البنك هو الرجوع على عميله المشترى بما دفعه من مبالغ ورغم منطق هذه النظرية إلا أنه النجاح لعلة قانونية مفادها أن التزام البنك الناشئ عن عقد الاعتماد هو التزام مستقل تماماً عن عقد البيع أو تنفيذه فى حين أن التزام الكفيل هو التزام تابع لإلتزام المدين الأصلى ، بحيث إذا إنقضى هذا الإلتزام الأخير لأى سبب من الأسباب أنقضى تبعاً لذلك إلتزام الكفيل ، كما وأن

الكفيل ولو كان متضامناً فأنه يسطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع التى كان يحق للمدين الأصلى أن يتمسك بها.

والحال على خلاف ذلك تماماً بالنسبة للبنك حيث يمتنع عليه الإحتجاج فى مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن علاقة المستفيد بعميله المشترى وهو ما ينكره الفقه والقضاء [41] ، علاوة على ذلك فإن جوهر هذه النظرية يتنافى وقواعد الكفالة التى تقضى بضرورة قيام الكفيل بإخطار المدين قبل أن يقوم بالوفاء للدائن وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين ، وفى الإعتماد المستندى لا يلزم البنك من إخطار عميله المشترى قبل الوفاء للمستفيد بل ويظل البنك ملتزماً بالوفاء حتى ولو عـــارض المشترى الآخـــر بالاعتماد .

(٥) نظرية الإرادة المنفردة :

ويرى أنصار هذه النظرية أن التزام البنك بالدفع للمستفيد رغم أنه أجنبى عن عقد البيع المبرم بينه وبين المشترى يجد أساسه فى أرادته المنفردة بمجرد إصداره لخطاب الإعتماد [42] فمركز البنك يعتبر فى نفس مركز الواعد بجائزة يتعهد كلاهما تعهدا مستقلاً بأداء معين ، قام به هذا الأداء وهو تقديم المستندات المطلوبة فى عقد الإعتماد والعمل المطلوب فى الوعد بجائزة ورغم صحة هذه النظرية إلا أنه يمكن أن يوجه إليها بعض الإنتقادات منها :

أن الارادة المنفردة كمصدر أحادى للإلتزام لا يسطتيع فقط إنشاء الإلتزام بل وكذلك إنهاء والحال على خلاف ذلك بالنسبه لإلتزام البنك الناشئ عن عقد الاعتماد القطعى ، إذ لا يجوز له التحلل منه لأى سبب من الأسباب متى أستلم المستفيد خطاب الإعتماد . من ناحية أخرى ، فإن الإرادة المنفرده ليست مصدراً عاماً للإلتزام فى القوانين المدنية .

وإنما هى مصدر لإنشاء الإلتزامات فى الأحوال الخاصة التى تنص عليها القوانين المذكورة كالوعد بجائزة أو مكافأة أو ما شابه .

وبالتالى يصبح القانـــون لا الإرادة هى المصدر المباشر للإلتزامات ، فهو أى القانون هو الذى يعين أركانها وأحكامها . ويمكن فى الواقع الرد على هذا النقد بأنه ليس بلازم فى القانون أن يكون المصدر القانونى هو النص التشريعى إذ يقوم بجانبه مصادر أخرى كالعرف أو قواعد العدالة ولا شك أن القواعد الخاصة بالإعتمادات المستندية تجد أساسها فى غالبية قواعدها فى العرف التجارى المتطور فى مادة الإعتمادات المستندية وعلى ذلك فإنه يمكننا القول أن العرف المصرفى هو المصدر القانونى لإلتزام البنك مستنداً الى إرادته المنفردة متى أصدر خطاب الإعتماد .

والواقع أن هذا الرأى يبدو وفى نظرنا هو الرأى الأقرب إلى الصواب فى تفسير التزام البنـــك نحو المســتفيد وهو الرأى الذى يعتنقه غالبية الفقه المصرى [43] ، والرأى السابق هو فيما يبدو لها ما إستقرت عليه محكمة النقض المصرية ففى حكم لها تقرر أن البنك الذى يقوم بتثبيت إعتماد مصرفى لوفاء ثمن صفقة تمت

بين تاجرين لا يعتبر وكيلاً عن المشترى فى الوفاء للبائع بقيمة الإعتماد كما لا يعتبر ضامناً أو وكيلاً يتبع التزام عميله المشترى بل يعتبر التزامه فى هذه الحالة إلتزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع والمشترى يلتزم بمقتضاه الوفاء بقيمة الإعتماد متى كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح لصلحته الإعتماد مطابقة تماماً لشروط الاعتماد ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على أنه وإن كانت المستندات التى قدمتها الطاعنة الى البنك ـ المطعون ضده الأول ـ مطابقة تماماً لشروط فتح الإعتماد إلا أنه لا يسوغ لها المطالبة بقيمة الإعتماد طالما قد إستردت البضائع المبينة وأعادت شحنها الى مصر لما يترتب على ذلك من تعذر تسليم البنك مستندات الشحن وهذا من الحكم خطأ تطبيق القانون ذلك أنه وقد نشأ للطاعنه حق فى صرف قيمة الاعتماد بتقديمها المستندات المطابقة لشروط فتح الإعتماد ، فإن هذا الحق لا يتأثر بما حدث بعد ذلك من إلزام السلطات البريطانية للطاعنة أيا كان السبب ـ بإعادة شحن البضاعة المبيعة الى مصر إذ أن علاقة البنك المطعون ضده الأول ـ بالطاعنة المفتوح لمصلحتها الإعتماد منفصلة عن علاقته بعميله المشترى كما أنها منفصلة عن علاقة هذا العميل بالطاعنة البائعة فهو ونشأنه فى الرجوع عليها بما عسى أن يكون له من حقوق ناجمة عن عقد البيع لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مصدر التزام البنك فى رأينا ، هو اصدار البنك لخطاب الاعتماد وإخطار المستفيد به والبنك عندما يقوم . بهذه العملية يهدف بها الى بعث الثقة لدى الطرفين لأبرام العقد بينهما تسهيلا للمعاملات التجارية وخلق الائتمان وذلك بعيداً عن نظريات القانون المدنى التى لا يصلح أى منها لتفسير التزام البنك بالدفاع للمستفيد رغم أنه أى البنك غريب عن العقد الذى يربط فيما بين البائع والمشترى .

وفى حكم حديث لمحكمة النقض تقرر ذات المعنى السابق بالقول بأن قيام البنك بفتح إعتماد للوفاء بثمن صفقة بين تاجرين ، لا يجوز إعتباره كفيلاً أو وكيلاً عن المشترى فالتزام البنك التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشترى ويترتب على ذلك وجوب وفاء البنك بقيمة الإعتماد متى تطابقت مستندات البائع تماما مع شروط فتح الإعتماد دون أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير أو الاستنتاج (٤٣) .

الفصل الثالث

التزامات البنك تجاه عميله وتقدير مدى مسؤوليته

تمهيد :

ينشئ عقد الإعتماد المستندى وما يرتبط به من خطاب الإعتماد التزامات عديدة على عاتق كل من البنك والعميل الأمر يفتح الإعتماد من جهة ، والمستفيد من جهة أخرى .

وهذه الإلتزامات تختلف فى مصدرها بالنظر اليها من عدة

أوجه فهى تجد سببها فى عقد الإعتماد بالنسبة الى العميل الآمر والبنك ، وفى خطاب الاعتماد بالنسبة للمستفيد فى مواجهة البنك وهكذا فالبنك فى عقد الاعتماد المستندى يكون له دوران كل دور منها مستقل تمام الاستقلال عن الأخر ، دوره فى مواجهة عميله ودوره فى مواجهة المستفيد ، ولذلك فأن التزامات البنك فى مواجهة عميله أو فى مواجهة المستفيد تعتبر من أهم الآثار التى يترتبها عقد الاعتماد اذا يترتب على الخطأ فى تنفيذها أو مجرد الإهمال فيها قيام مسؤوليته .

ولكن هذا لا يعنى أن العميل لا يسأل فى مواجهة البنك متى أبرم الإعتماد ، فيجب عليه ، أى على العميل أن يبقى على أوامره التى أصدرها للبنك فلا يرجع فيها حتى لا يسبب ضرراً للبنك فى مواجهة المستفيد ، ذلك لأن القاعدة أن البنك متى أصدر خطاب الإعتماد وأخطر به المستفيد فلا رجعة بحسب الأصل فيما التزم به فى مواجهته . (٤٤)

كما وأن العميل يلتزم قبل البنك بدفع العمولة المتفق عليها بمجرد فتح الإعتماد بل وقبل أن يقوم البنك بإخطار المستفيد بخطاب الإعتماد لأن هذه العمولة هى مقابل الخدمة التى يقوم بها البنك فى احتجازه مبلغ الإعتماد فى خزائنه وإستعداده لهذا التنفيذ .

وأخير فإن العميل عليه واجب تحديد المستندات المطلوبة من المستفيد بدقة ، فهذه المستندات هى محور الاعتماد وعليها تدور أحكامه وشروطه .

وبطبيعة الحال فإن العميل يتوجب عليه دفع قيمة الاعتماد والمصاريف التى تكبدها البنك فى سبيل تنفيذه ، وإلا حق للبنك حبس المستندات الممثلة للبضاعة بالطرق القانونية الكفيلة بتحصيل حقوقه ، ذلك لأن البنوك تتعامل بالمستندات وليس بالبضائع فهى بصفة عامة لا خبرة لها أو معرفة بعادات التجارة أو بالأعراف السائدة فيها ، وحتى ولو كان لديها هذا العلم فهى ممنوعة من تحليل أو تقييم المستندات على ضؤ الخبرة أو العرف السائد . ونظراً لأهمية التزامات البنك من الناحية العملية فأننى سأتناولها بشيئ من التفصيل ثم أتعرض بعد ذلك لمدى مسئولية البنك إذا أخطأ فى تنفيذ أى من هذه الإلتزامات وذلك فى مبحثين على التوالى :

المبحث الأول : تنفيذ شروط عقد الاعتماد المستندى حسب تعليمات العميل .

المبحث الثانى : تسلم المستندات التى طلبها العميل وفحصها لمطابقتها مع شروط عقد الاعتماد وسوف أبين كل هذين الالتزامين تباعاً على الوجه التالى :

المبحث الأول

الإلتزام بتنفيذ شروط عقد الإعتماد :

متى أبرم البنك عقد الإعتماد المستندى مع عميله ترتب عليه إلتزاماً حال وعاجل ويتمثل ذلك بارسال خطاب الإعتماد وإبلاغه للمستفيد ، ولا تبرأ ذمة البنك فى تنفيذ هذا الإلتزام قبل عميله إلا من تاريخ وصول

الخطاب المستفيد بإرساله اليه وقبل هذا الإرسال فلا يملك العميل وسيلة لإجبار البنك فى تنفيذ هذا الإلتزام [٤٥].

وهذا الخطاب عبارة عن صك يخطر فيه البنك المستفيد بأنه فتح إعتماداً بضمان المستندات التى يقدمها والتى والتى يحددها له البنك وأنه يقبل الكمبيالات التى يسحبها عميله فى حدود مبلغ الإعتماد ، أو أنه على إستعداد للدفع له نقداً أو التحويل لحسابه وبهذا الالتزام يستطيع الاعتماد المستندى أن يقوم بدوره الأساسى فى تنمية التجارة الخارجية وذلك بتوفير الثقة والإطمئنان لدى البائع وتأمين حقه فى الحصول على الثمن وبشرط أن يتم كل ذلك فى خلال مدة صلاحية الإعتماد ، والبنك فى هذه الحالة ينفذ تعليمات العميل الآمر مع ملاحظته أنه لا شأن للبنك بعقد البيع المبرم بين عميله والمستفيد أو شروطه فهو غريب عنه ولا شأن له به ، بمعنى أن التزام البنك بقيمة الإعتماد المستندى مستقل تماماً عن العقد القائم بين فاتح الاعتماد والمستفيد أى بين المشترى والبائع [٤٦].

وإذا لم يقم البنك بأصدار خطاب الإعتماد وإبلاغه للمستفيد أو قام بالإخطار متأخراً أو كانت الشروط التى أخطر بها المستفيد غير تلك المنصوص عليها فى عقد الإعتماد ترتبت مسؤلية البنك تجاه عميله ونشأ لهذا الأخير حقاً ثابتاً يتمثل فى فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض ، ويقدر التعويض فى هذه الحالة طبقاً للقواعد العامة والتى غالباً ما تقضى بأن يكون التعويض شاملاً للخسارة الواقعة والكسب الفائت طالما أن الضرر الحادث كان نتيجة طبيعية لتخلف البنك عن الوفاء بالتزامه ، فالبنك يعتبر قد أخل بالتزاماته إذا كان (بعد فتح الاعتماد) قد رفض الدفع للمستفيد رغم أن البنك لم يرفض المستندات واستند فى ذلك إلى أنها غير موافقة لتعليمات الآمر أو أنها غير موافقة لشروط الصفقة لأن ذلك يخالف ما سبق وأن أبلغ العميل به فى خطاب الاعتماد [٤٧]

وعلى العكس من ذلك فأن المسئولية لا تترتب على البنك إذا كان الخطأ راجعاً الى عدم دقة تعليمات العميل وهذا ما تقضى به المادة ١٤/أ/ب من الأصول والقواعد الموحدة لسنة ١٩٧٤ والتى حلت محلها القواعد الجديدة لسنة ١٩٨٣ والتى عمل بها إعتباراً من أوائل شهر تشرين الأول لعام ١٩٨٤.

وعادة ما يحدث أن يقوم البنك بأخطار المستفيد بخطاب الإعتماد ولكن بشروط أكثر يسراً له ، كما لو جعل مدة الإعتماد أطول مما هو متفق عليه مع العميل أو تجاوز عن بعض المستندات .معتقداً عدم أهميتها للعميل ، وفى هذه الحالة يعتبر البنك ملتزماً بهذه الشروط أمام المستفيد لأنه أخطره بها ولكن لا يعتبر فى الوقت ذاته أنه نفذ عقد الإعتماد مع عميله كما ينبغى ، وتقوم مسؤليته تجاهه ويكون من حق العميل أن يرفض المستندات إذا لم تكن مطابقة لما طلبه

ولا يحق للبنك مطالبة . عميله بالعمولة أو المصروفات الأخرى فى هذه الحالة . وهذا ما تقضى به المادتين ٢٢/ أ ، ب ٢٣ من الأصول والقواعد الموحدة (٤٨) .

المبحث الثانى

الإلتزام بتسليم المستندات وفحصها

تعتبر عملية إستلام البنك للمستندات التى طلبها العميل من البائع المستفيد وفحصها للتأكد من مطابقتها لتعليمات العميل الآمر من أخطر التزامات البنك وأدقها ، وحولها تدور كافة المشاكل فى الحياة العملية ، ذلك لأن البنك لا تقدم له بضاعة وإنما مجرد مستندات تمثل هذه البضاعة ، ويحصل البائع على قيمتها بالنظر الى هذه المستندات وبصرف النظر عن وصول البضاعة إلى المشترى وتحققه من مواصفاتها أو مطابقتها للشروط التى التزم بها البائع قبله ، ولذلك تبدو المستندات ودقة فحصها هى الوسيلة الوحيدة للتأكيد من سلامة البضاعة قبل معاينتها ومن هنا تبدو أهمية هذا الفحص . كما يكشف عن أهمية هذا الالتزام أن القضايا التى أثيرت أمام المحاكم تتعلق بإخلال البنك بهذا الالتزام ولذلك يتوجب على البنك التحقق من مطابقة المستندات لتعليمات العميل الآمر يفتح الاعتماد وهى مطابقة كاملة وحرفية بحيث لا يكون للبنك بصددها أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير فاإذا تبين للبنك عدم مطابقة هذه المستندات لتعليمات العميل الآمر فعليه رفضها مع إخطار الآمر فوراً بأسباب الرفض(٤٩) .

وهذا الرفض للمستندات يتوجب كذلك دونما نظر للبضاعة أو تقييم للمستندات المثبتة لها (٥٠) ، وعلى العميل فى هذه الحالة أعلام البنك له بوجود مخالفات فى المستندات لشروط فتح الاعتماد وعليه أن يبدى رأيه بكل صراحة ووضوح ، فهو إما أن يقبل المستندات كما هى أى مع وجود مخالفات وبالتالى يوافق على التخليص على البضاعة وإستلامها أو يرفض المستندات وبالتالى يرفض إستلام البضاعة . وعلى فاتح الإعتماد أن يبدى رأيه فى أسرع وقت ممكن وألا يتراخى فى الإعتراض على المستندات وإلا أعتبر مسؤلاً والمعنى السابق هو ما ذهبت إليه أيضاً محكمة التمييز الأردنية فى أحد أحكامها بالقول إذا استلمت الشركة فاتحة الإعتماد المستندى من البنك وطلبت إليه تقسيط رصيد مبلغ الإعتماد ووافق البنك على ذلك كما أن وكيلها وافق على تسليم الثمن المحفوظ فى صندوق المحكمة للبنك بعد أن بيعت البضاعة خشية التلف ، فأن هذه التصرفات تشكل إقراراً . من الشركة بمسئوليتها عن دفع رصيد الإعتماد تجاه البنك وعن نزولها عن المطالبة بالمستندات الناقصة " ومن المبادئ التى أستقر عليها الفقه والقضاء أن البنك لا يكون مسؤلاً إذا كانت الشركة فاتحة الإعتماد قد تراخت فى الإعتراض على المستندات التى تسلمتها من البنك (٥١) . وعلى هذا الأساس تقوم مسئولية البنك فى مواجهة عميله الآمر إذا لم يطالب البائع

المستفيد بالمستندات أو لم يتحقق منها وفقاً لتعليماته وشروطه أو قبل المستندات بعد إنتهاء مدة الإعتماد أو لم يقم بإخطار البائع بهذه الشروط فى خطاب الإعتماد .

وحول موضوع الإلتزام بتسليم المستندات وفحصها ، لابد من بحث مسألتين تتعلق الأولى بالمستندات المطلوب من البنك فحصها وتتصل الثانية بالمعايير المتبعة فى الفحص .

الفرع الأول

المستندات المطلوب من البنك فحصها

تلعب المستندات دوراً بالغاً فى الإعتمادات المستندية ، فعليها تدور أحكامه وهى محور ... العلاقات التى تنشأ بين أطرافه ويتقيد البنك بتعليمات العميل فى هذا الصدد ـ فلا يجوز إستلام مستندات إلا تلك التى طلبها العميل والمحددة فى عقد الإعتماد والتى أبلغ بها المستفيد فى خطاب الإعتماد ، فإذا لم يحدد العميل مستندات معينة فأن البنك يكون قد أوفى بالتزامه بتسلم المستندات من المستفيد متى كانت هى تلك المستندات التى استقر عليها العرف التجارى فى البيع " سيف " وهى :

(١) سند الشحن .

(٢) بوليصة التأمين .

(٣) فاتورة المبيع .

(٤) شهادة المنشأ . [٥٢]

وهذه المستندات الأربعة تعتبر المستندات الرئيسية والجوهرية فى كل صفقة ومن النادر أن يخلو أى عقد منها ، لأنها تمثل الحد الأدنى للمستندات التى يقدر المشترى أنها لازمة لإثبات قيام البائع بتنفيذ إلتزاماته بموجب عقد البيع المبرم فيما بينهما .

١ ـ سند الشحن :

يقصد بسند الشحن أو بوليصة الشحن الإيصال الدال على أن الربان تسلم البضاعة وصفاً وكماً والمثبتة به على السفينة بعدم تمام شحنها ، وعلى ذلك فإن هذا المستند تبدو أهميته فى أن حيازته تعد حيازة حكمية للبضاعة فى حد ذاتها وبه يمكن تسلم البضاعة من الناقل البحرى بإعتباره مالكا لها ، بل والتصرف فى البضاعة قبل وصولها وذلك برهنها أو بيعها ، وسند الشحن يظل المستند الطبيعى الذى لا يخلو منه الاعتماد المستندى سواء أكان النقل براً أم بحراً أم جواً فهو يثبت عقد النقل وحيازته بل وحيازة البضاعة كما سبق البيان ، ولكن لا يجوز قبول سند شحن ثابت فيه " البضاعه مشحونه على السطح مالم يصرح الإعتماد بقبوله " م ٢٨ من الأصول والقواعد الموحده [٥٣] .

كما لا يجوز تغيير وسيلة النقل فى الطريق وعلى البنوك أن ترفض ذلك طبقاً لما تقضى به (المادة ٢٩) من الأصول والقواعد الموحدة كما لا يقبل سند شحن ورد فيه أن البضاعة شحنت على مسئولية الشاحن حتى ولو كانت البضاعة مما جرت العادة بشحنها على السطح [٥٤] ويجب أن يكون سند الشحن نظيفاً خالياً من أى تحفظات سواء تعلقت بحالة البضاعة أو كميتها أو طريقة تغليفها وإلا فقد حجيته ضد

الناقل ، وعلى حامل السند أن يقيم الدليل على ما يدعيه ، وعلى البنوك أن ترفض سند الشحن غير النظيف وأن ترفض ذلك الذى به تحفظات [٥٥] ، وقد أشارت المادة ٣٤ من الأصول الموحدة إلى سند الشحن النظيف بأنه السند الذى لا يحمل أى شرط مضاف أو أية تأشيرة تعلن صراحة عيباً فى البضاعة أو فى تعبئتها .

وتختلف سندات الشحن النظيفة عن السندات المعتادة وهى التى بها شروطاً مضافة أو بعض تحفظات فهذه الأخيرة ليست بالضرورة نظيفة فى معنى (المادة ٣٤) من الأصول الموحدة ويتوجب على البنوك رفضها ما لم يكن مصرح له بقبولها فالسند المعتاد ولو كان مقبولاً فى عادات التجارة التى تختلف فى تجارة عنها فى الآخرى لا يكون نظيفاً .

وقد يكون سند الشحن نظيفاً ولكن يرفض لسبب آخر كأن يتضمن أن أجرة النقل دفعت بشيك أو كان به من الشروط المطبوعة كتلك التى تتضمن مثلاً أن تقدم كل مطالبه ضد الناقل فى ميناء التسليم [٥٦] ، ولا يجوز للبائع أن يخالف شروط الإعتماد فإذا قام بشحن البضاعة من ميناء غير الميناء المنصوص عليه فى تلك الشروط وجب رفض سند الشحن وفى ذلك تقرر محكمة النقض على أنه لما كان الشريط الذى يحدد ميناء الشحن هو من الشروط التى يجب مراعاتها وفقاً لما جرى عليه العرف التجارى فى هذا الخصوص فإن الحكم إذا قرر أن البنك محق فى عدم صرف قيمة الإعتماد حين خالف المستفيد ذلك فإنه لا يكون قد أخطأ فى القانون ولا خالف العرف فى هذا الشأن [٥٧] .

٢ - وثيقة التأمين :

تمثل وثيقة التأمين عنصراً لا غنى عنه ، تكمل سند الشحن ، فهذا المستند هو وسيلة المشترى فى الحصول على التعويض المعادل لثمن البضاعة إذا هلكت أو تلفت أو كان بها نقص قبل التسليم ، ووثيقة التأمين الأكثر ملائمة لمصالح العميل هى التى تمكنه من التعامل على البضاعة عن طريق تداول مستنداتها ومن ثم يجب أن تكون إذنية أو لحاملها ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن تكون الوثيقة أسمية والأصل فيما يتعلق بالإعتمادات المستندية أن يتقيد البنك بتعليمات عميله فى شروط الإعتماد دون محاولة تفسيرها ، فإذا طلب العميل فى شروطه تقديم وثيقة تأمين تعين على البنك أن يرفض أى مستند آخر كشهادة التأمين أو وثيقة تأمين جماعية . إذ يجب أن تكون وثيقة التأمين التى يقدمها البائع للبنك مطابقة لما هو مطلوب فى الإعتماد وإلا كانت مرفوضة وفى ذلك تقرر المادة ٣٥ من الأصول الموحدة " بأن تكون وثائق التأمين كما هى محددة فى الإعتماد " ، وعلى أى حال يجب أن تكون الوثيقة ظاهرة الصحة بمعنى أن يكون فحصها فى الظاهر كاشفاً عن كونها ملزمة ونافذة فى حق المؤمن وإلا تعين على البنك أن يمتنع عن الدفع ويرفض المستند المثبت لهذا التأمين .

ويجب أن يبين في الوثيقة تاريخ صدورها ونوع البضاعة المؤمن ضدها والمدة التي يغطيها التأمين من مكان الشحن حتى مكان الوصول وكذلك قسط التأمين .

كما يجب أن تكون الوثيقه قابلة للتداول بالطرق التجارية [٥٨] ، ويجب أن تحدد وثيقة التأمين المخاطر المغطاة بالنظر الى مدة التأمين والقيمة المؤمنة والمخاطر التي يضمنها المؤمن ، وهذا ما تضمنته (المادة ٣٦) من الأصول الموحدة وعلى ذلك فأن التأمين يلزم أن يغطي كامل رحلة البضاعة ، وأن يكون صادراً بنفس العملة المبينة في الإعتماد ، وإذا قدمت وثيقة تأمين تحمل عبارة "all risks"أي تعطى كافة الأخطار فإن (المادة ٣٩) من القواعد المحددة تجيز للبنوك قبولها ، دون أي مسئولية عن مخاطر غير مغطاة .

٣ - **الفاتورة :**

وهي المستند الذي يتضمن جميع التفاصيل الخاص بالبضاعة ومواصفاتها ومميزاتها وعلاماتها التجارية إن وجدت وكميتها وسعر الوحدة منها وبيان مصروفات الشحن وأجرة النقل وأقساط التأمين ، فضلاً عن اسم المشترى والمرسل اليه . ولكي تكون الفاتورة لما تتطلبه الجمارك في بلد البائع فإن المشترى غالباً ما يطلب ما يسمى " بالقانون القنصلية " التي تصدق عليها القنصلية المختصة بقصد التأكد من مصدر البضاعة وغالباً ما تضاف إليها شهادة بالنوعية Certificat d'agreage وهي تصدر من شركات متخصصة في فحص نوعية البضاعة وتسمى بشركات الرقابة [٥٩] ، وطبقاً لنص (المادة ٤١) من الأصول الموحدة فإن الفواتير التجارية يجب أن تكون محررة بإسم الآمر وأن يكون وصفها في الفاتورة مطابقاً للوارد في الإعتماد .

٤ـ شهادة المنشأ :

وهي شهادة قنصلية تثبت أن البضاعة المشحونة هي من إنتاج الدولة التي شحنت منها، فهي التي تثبت مصدر البضاعة ولا تحل محلها وسيلة أخرى متى أشترط تقديمها في عقد الإعتماد . وهذه الشهادة من الضرورة بمكان طلبها من قبل العميل ، عند فتح الإعتماد المستندي ، وهي من المستندات الواجب الحصول عليها لغايات التخليص على البضاعة حيث يبين فيها المستفيد (مصدر البضاعة) أي أن البضاعة هي منشأ البلد الذي صنعت فيه البضاعة ، وبحيث تشهد على هذه الوثيقة السلطات الرسمية للبلد الذي يقيم فيه المستفيد ، أو تصدر من السلطات السياسية (الدبلوماسية) للبلد الذي تشحن إليه البضاعة .

هذه الشهادة تثبت للسلطات الجمركية في البلد الذي سيتم فيه التخليص على البضاعة بأن تلك البضاعة غير ممنوع دخولها للبلد المشحونة إليه ، ذلك لأن هناك مقاطعة بين بعض البلدان ، ومن شأن هذه المقاطعة أن يمنع إستيراد أو تصدير أية بضاعة إذا ما وجدت مقاطعة بين بلدين من البلدان ، ولهذه الغاية وحتى يتم التأكد من أن بضاعة

ما مسموح بإستيرادها فإنه يطلب عادة من المشترى الحصول على شهادة منشأ تفيد إسم البلد الذى صنعت فيه البضاعة .

فمثلا أى مشتر فى بلد عربى مثلاً يتوجب عليه الحصول على شهادة منشأ تفيد أن البضاعة تم تصنيعها فى بلد غير إسرائيل أو من شركة لا تتعامل مع اسرائيل أو ليست على القائمة السوداء وذلك لغايات التخليص على البضاعة بعد وصولها بلد الوصول .

المبحث الثانى

معايير فحص المستندات المقدمة للبنك

تمثل المستندات فى عقد الإعتماد أهمية قصوى فهى الدليل العلمى على تنفيذ البائع لإلتزامه وبها يدفع له البنك مبلغ الاعتماد ويستطيع المشترى أن يتسلم البضاعة ولذلك يقع على عاتق البنوك إلتزاماً جوهرياً فى القيام بفحصها للتحقق من مطابقتها وشروط عقد الإعتماد .

وهنا أود أن اشير الى أساسيات تتحكم فى قيام البنك بواجب فحص هذه المستندات :

اولا :- مراعاة البنك لتعليمات العميل بدقة :

يجب على البنك مراعاة تعليمات عميله الآمر بكل دقة ، بالتزام البنك كما يعبر عنه الشارح فى هذه الحالة هو التزام حرفى وهو بذلك يتوقى ميل العميل الى التحلل من التزاماته فيتمسك بأى تجاوز من جانب البنك بغية رفض البضاعة ، وحرفية التنفيذ تتفق ومصلحة المشترى لأنه وأن ينفذ تعهده أمام البائع وفقاً لشروط عقد البيع المبرم بينهما فإذا أخطر البنك البائع بإعتماد مخالف لشروط عقد البيع المبرم بينه وبينها المشترى تعرض هذا الأخير للمسئولية أمام البائع ويحق لهذا الأخير أن يطلب فسخ عقد البيع معه .

يضاف الى ذلك أنه لا شأن للبنوك بوزن البضاعة أو كميتها أو طريقة تغليفها فهى لا تتعامل إلا بالمستندات الممثلة لها وعلى هذا الأساس فأن البنك لا يسأل اذا كانت المستندات المقدمة مطابقة فى ظاهرها للتعليمات التى تلقاها من الآمر فاتح الإعتماد والمطابقة المطلوبة هى المطابقة التامة " Strict" للتعليمات المعطاة من العميل الآمر ، ويلزم أن يكون كل مستند سليماً فى حد ذاته وبياناته وما يجب أن يحمله من توقيعات وفى تاريخه [٦٠] ، كما يجب على البنك أن يطمئن الى السلامة الظاهرية للمستندات فلا يتجاوز عن عيب شكلى بها ظاهر للعيان وان كان لا يجوز له أن يتحقق من صدق الورقة أى صدورها من محررها ، وتطبق المحاكم عادة قاعدة التنفيذ الحرفى لشروط العميل بصرامة فلا يجوز للبنك أن يقبل مستنداً إلا إذا كان متطابقاً وتعليمات عميله [٦١] ، فعلى سبيل المثال اذا تطلب خطاب الاعتماد تقديم البائع المستفيد لمستندات عن شحنة سكر مثلا بإسم (سكر بلورى أبيض) فلا يجوز قبول مستندات لا تطابق ذلك كانت عن ذات البضاعة وإلا قامت مسئولية البنك ، وهذا ما قضى به فى قضية تتلخص وقائعها بأن العميل الآمر بالإعتماد طلب فى خطاب الإعتماد سند شحن به سكر بلورى أبيض ، بينما سند الشحن الذى قدم للبنك جاء فيه عبارة " سكر " فقط

فرفضه البنك وامتنع من دفع مبلغ الإعتماد وقد أيدت المحكمة البنك فى ذلك إعتباراً بأن البنك يتقيد بمواصفات عميله الواردة فى عقد الإعتماد لا شأن له بعقد البيع المبرم بين العميل والمستفيد [٦٢] ، وذلك لأن التزام البنك هو إلتزام مستقل عن عقد البيع المبرم بين العميل والمستفيد " البائع والمشترى " [٦٣] هذا التفسير الضيق لشروط خطاب الإعتماد هو الضمان الوحيد الذى يكفل لطرفى الصفقة قدراً من الأمان ويستبعد من طريق البائع المستفيد كل الدفوع الأجنبية عن المستندات [٦٤] يتضح مما تقدم ، أنه يجب أن تكون المستندات سليمة من حيث ظاهرها ومطابقة لشروط خطاب الإعتماد المستندى ، حتى ولو كانت هذه الشروط غير واردة فى عقد البيع بين المشترى والبائع أى بين فاتح الاعتماد والمستفيد . كما يتعين أن تكون المستندات متطابقة فيما بينهما ، والمطابقة المطلوبة هى المطابقة التامة " Strict " وليس هناك مجال المستندات أخرى تؤدى نفس الغرض ويكون البنك مسئولا أن لم تكن هذه المستندات كذلك ، وحتى لو كان التناقض أو عدم التشابه شكليا وعليه فإنه يحق للبنك رفض المستندات أو قبولها بتحفظ اذا وجد بعض البيانات الواردة فى بوليصة الشحن تختلف عن تلك الموجودة فى الفاتورة على سبيل المثال ، وعلى ذلك فإن البنوك وهى فى سبيل تنفيذها لتعليمات العميل كما هى واردة فى عقد الإعتماد يجب عليها أن تقصر الفحص على المستندات ذاتها دون الجوء الى عناصر خارجية ولهذا الغرض تنص (المادة ٤) من الأصول والقواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣ على أنه يتم التعامل بالمستندات ذاتها وليس بالبضائع ، ومبدأ قصر الفحص على المستندات . ومراعاة تعليمات العميل بدقة مستقر عليه فقهاً وقضاءً [٦٥] .

ثانيا : ان تقوم البنوك بواجب الفحص بعناية معقولة خلال اجل معقول :-

التجارة قوامها السرعة والإئتمان ولا يتأتى تنفيذ ذلك ما لم تقم البنوك بتنفيذ التزامها بالفحص خلال أجل معقول " ماده ١٥ ، أ / ١٦ ب من الأصول الموحدة " حيث تنص (المادة) من الأصول على أنه يجب على البنوك أن تفحص المستندات بعناية معقولة للتأكد من أنها تبدو فى ظاهرها مطابقة لنصوص وشروط الإعتماد . أما (المادة ١٦/ب) فتنص على أنه إذا أعتبر البنك المصدر عند تسلم المستندات أنها لا تبدو فى ظاهرها مطابقة لنصوص وشروط الإعتماد فيجب عليه أن يقرر على أساس من المستندات وحدها وما إذا يقبل المستندات أو يرفضها بوصفها لا تبدو فى ظاهرها مطابقة لنصوص وشروط الإعتماد . وواضح من النصين سالف الذكر أنه يجب على البنوك أن تبادر الى القيام بعملية الفحص فور تسلمها للمستندات واذا أقتضى الآمر أن يرجع البنك الى عميله لحسم أمر مستند معين قبولاً أو رفضاً فيجب أن يتم ذلك على وجه السرعة [٦٦] ، ولكن ما هى المدة المعقولة التى يجب أن يتم

خلالها الفحص من جانب البنك .

لم تحدد القواعد الموحدة مدة محددة .. وإنما تركت ذلك الظروف كل حالة على حده ، ومع ذلك فيرى ذلك البعض [٦٧] أن المدة .... المعقولة للفحص هى خمسة أو ستة أيام من تاريخ إستلام البنك للمستندات أما أكثر من ذلك فتعتبر مدة طويلة . ولكننا نرى العكس وذلك بترك الآمر لظروف كل حالة على سواء بالنظر الى عدد المستندات المقدمة للبنك أو كونها بلغة تحتاج الى ترجمة لها أو بالنظر الى الفترة المتبقية على وصول الباخرة أو البضاعة وما إذا كان العميل الآمر يهمه سرعة فحص المستندات لسوء علاقته بالمشترك ... فالآمر إذا مرجعه تقدير البنك وهو على أى حالة تاجر محترف لأصول المهنة ، ويجب على البنك اذا رفض المستندات لعيب فيها أن يخطر بذلك البنك الوسيط الذى أرسل اليه المستندات أو المستنفيد إن كان قد تسلمها منه مباشرة كما يجب أن يعيد المستندات دون تأخير [٦٨] .

ثالثا : رفض المستندات اذا تم تقديمها بعد المدة المحدد فى عقد الإعتماد :

يتوجب على البنك رفض المستندات إذا قدمت من المستفيد بعد المدة المحددة فى الإعتماد المستندى لأن المشترى قد يكون راغباً بإستلام البضاعة فى موعد معين ليقوم بتسوقيها وبيعها خلال فترة معروفة لديه ، واذا ما تأخر وصول البضاعة نتيجة للتأخير فى تقديم المستندات فإن المشترى فاتح الإعتماد قد يتضرر من جراء هذا التأخير كأن تصل البضاعة فى غير موسمها أو أنها تصل بعد إنتهاء مدة عطاء ما ، مما تنتفى معه المصلحة للمشترى فى إستلام البضاعة بعد فوات المدة المحددة للمستفيد والمذكورة فى الإعتماد المستندى ، واذا قبل البنك المستندات رغم ذلك فإن ذلك يرتب مسئوليته قبل عميله بل ويجوز أن يمتنع عن دفع قيمة الإعتماد مع مطالبة البنك بالتعويض إن كان لذلك مخلاً [٦٩] .

وفى النهاية فإنه يثور تساؤل هام خلاصته بيان ما إذا كان التزام البنك عند قيامه بفحص المستندات التى تقدم إليه هو التزام بنتيجة ، أى تقديم مستندات مطابقة لما طلبه العميل فى عقد الإعتماد ، تماثل فى ظاهرها المستندات المطلوبة أم هو التزام ببذل عناية ، هى قيامه بالفحص بدقة وبذل أقصى عناية فى ذلك ...

تفاوتت آراء الفقه بين الرأيين السابقين إذ يرى البعض [٧٠] أن التزام البنك بفحص المستندات لا يصل الى حد إعتباره إلتزاماً بتحقيق غاية أو نتيجة بل هو التزام ببذل عناية الرجل الحريص لأن دقة العرف المصرفى وخبرة البنك والتزامه بالتشدد فى مراعاة تعليمات عميله بكل دقه توجبان عليه أن يكون حريصاً غاية الحرص فى فحص المستندات ، وطبقاً لهذا الرأى فإن البنك لا يسأل متى قام بواجب الحرص والعناية اللازمين عند قيامه بالفحص حتى ولو تبين فيما بعد أن بالمستندات عيب ينال من سلامتها ، والواقع أن هذا الرأى لا يمكن التسليم به لأن معيار الرجل الحريص هو معيار مرن يختلف من حالة لأخرى [٧١] إذ يكفى

البنك لكلي يتخلص من التزامه قبل عميله أن يثبت أنه بذل كل العناية المطلوبة منه فى الفحص ويقع على العميل أن يثبت أن البنك أرتكب خطأ فى الفحص ، ولذلك نرى مع الرأى الغالب فى الفقه وفى القضاء أن التزام البنك هو التزام بغاية وهى تسليم مستندات سليمة فى ظاهرها للعميل ولا ترتفع مسئولية البنك إلا فى حالة السبب الأجنبى ، وهو ما تقرره المادة (١٩) من الأصول الموحدة بالقول بأن البنوك لا تتحمل أية تبعة من جراء إنقطاع أعمالها بسبب القوة القاهرة [٧٢] وعلى هذا الأساس فيجب على البنك أن يفحص المستندات بدقة وبالعمق اللازم من تارجر محترف متخصص مثله وبعناية قصوى وذلك يقصد الوصول الى قرار حاسم من جانبه في شأن قبول أو رفض المستندات وبالتالى تنفيذ الاعتماد أو رفضه ومن ناقله القول أن تقرر بأن البنك لا يسأل متى قام بواجب الفحص بالعناية المطلوبة وكما يجب أن يكون ولكن لا يسأل البنك عن تزوير المستندات أو عدم صحتها لأن البنك يقتصر على تقديم مستندات للعميل يكشف ظاهرها عن صدقها ونفاذها وهذا ما تقرره المادة (١٧) من الأصول الموحدة بقولها بأن البنوك لا تتحمل أية تبعة أو مسئولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو التزوير .

على هذا الإساس ، فإن مسؤلية البنك تقوم لو قبل مستنداً لا يحمل توقيعاً لمن أصدره ، أو يحمل توقيعاً غير مقروء أو غير مصحوب بخاتم الشركة كذلك فأن البنك يكون مسؤولاً فيما إذا كان المستند مصطنعاً أو عليه أية خدوش أو أية آثار لفعل من أفعال التزوير أو ماشابه ذلك ، وبالعكس لا تقوم هذه المسئولية متى قام بواجب الفحص المتعمق حتى ولو تبين فيما بعد عدم صحة المستندات أو تزويرها وفى النهاية فإنه يثور تساءل عن المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد الإعتماد ، خاصة وأن النزاع يشمل بالضرورة عنصراً أجنبياً مما تثور معه المنازعة فى العمل الواقع أن الأمر لا خروج فيه على القواعد العامة وذلك بإختصاص المحكمة وتطبيق قانون محل التنفيذ طبقاً لنص المادة (٣٠) من قانون المرافعات [٧٤] .

خاتمة

رأينا فيما سبق أن الإعتمادات المستندية تمثل إحدى وسائل دعم الإئتمان فى مجال التجارة الدولية ، وهى فى الوقت ذاته وإحدى وسائل بث الثقة وتوفير الأمان بين طرفى البيع الدولى ، وكل ذلك بفصل الدور الخطير الذى يقوم به البنك لتنظيم عملية دفع ثمن البضاعة وتسليم مستنداتها متى تحقق من توافر شروطها كطرف محايد يؤمن كل من طرفى الصفقة ضد أى مخاطر تلحق به من الجانب الآخر . فالبنك لم يعد ذلك الوسيط الذى يحمل رغبات كل من طرفى الصفقة بل أن دوره أضحى إيجابيا فهو المنظم والمسئول عن تنفيذ قواعد تسوية ثمن البضاعة بين طرفى العلاقة ، وإذا كانت العلاقة بين البنك والعميل تنشأ من عقد الإعتماد الذى ينعقد بين البنك والآمر ويلتزم البنك بالدفع متى أرسل خطاب الإعتماد الى المستفيد طبقاً للشروط التى

إتفق عليها بين البنك وعميله الآمر ملتزماً فيه بالدفع أو بقبول الكمبيالة أو الكمبيالات المستندية التى يسحبها عليه المستفيد متى قدم إليه المستندات التى طلبها العميل ومن هنا يبرز الدور الهام الذى يقوم به البنك عند قيامه بفحص المستندات التى تقدم اليه من المستفيد ، وهذا الإلتزام بالفحص هو أهم الإلتزامات الملقاة على البنك ويعتبر فى الوقت ذاته عصب عقد الإعتماد إذ يتوقف على حسن تنفيذه ضمان مصلحة العميل فى حصوله على المستندات التى طلبها ولا يتأتى القيام بهذا الإلتزام إلا إذا إلتزم البنك عند قيامه بالفحص ببذل العناية والحرص الشديدين عند قيامه بهذا العمل فلا يجوز للبنك محاولة تفسير المستندات بما يخالف أرادة العميل فالبنك وقد قبل القيام بهذا الالتزام عليه أن يراعى فى مسلكه ما يحرص عليه شخص فى مثل وضعه وإمكاناته ، وعلى المحاكم أن تراعى الشدة عند الفصل فى الأنزعة التى ترفع أمامها من جراء خطأ البنك فى قيامه بواجب الفحص الدقيق المتعمق تعزيزاً للثقة بالبنوك من جانب العملاء، وتأكيداً على قدرتها على توفير الأمان فى صفقات التجارة الدولية .

فلا يجوز إذن كما رأينا أن يفسر المستندات تفسيراً من عنده بالإلتجاء إلى عناصر خارجة عنها فلا يقبل المستندات ويدفع الثمن إلا إذا وجد تطابق فيما بينهما ويتحقق ذلك بالتطابق الشكلى الظاهرى وليس مفروضاً عليه أن يبذل تحريات خاصة من عنده للتحقق من صدق المستندات المقدمة إليه ، ولا جناح عليه أن تبين بعد ذلك تزويرها متى كان ظاهرها يوحى بالثقة فيها وأن كشف التزوير كان يقتضى منه تحريات خاصة لا يمكن القيام بها من بنك مثله قام بواجب الحيطة والحرص الشديدين وما يمليه عليه واجب المهنة المصرفية من حذر وحيطة ويقظة وإلا انعقدت مسئوليته قبل عميله المستفيد والبنك فى قيامه بهذا الفحص الدقيق المتعمق لا يراعى مصلحة عميله فقط وإنما يراعى مصلحته الخاصة كذلك سواء فى أمكانية مطالبته لعميله برد دفعه للبائع متى قدم إليه المستندات المطابقة لشروطه أو بحيازته للمستندات التى تمثل البضاعة وبذلك يكون البنك فى مأمن من أى عنت من جانب عميله ومحاولته التهرب من الصفقة ، ولهذا السبب جاءت القواعد الموحدة بحلول موفقة فى هذا الصدد وذلك بأن جعلت التزام البنك نهائيا قبل المستفيد بمجرد وصول خطاب الإعتماد القطعى إليه كما جعلت إلتزام البنك تجاه المستفيد مستقلاً عن عقد البيع ومن ثم يظل التزام البنك قائما حتى ولو أبطل عقد البيع وأخيراً فإننا نرى أنه يتعين على البنوك المحافظة على حقوق عملاءها وعدم الاقتصار على فحص المستندات فحصاً ظاهرياً فقط إذا كان عليه التوصل الى حقيقتها بواسطة الطرق الفنية إن كان ذلك ممكنا وذلك لمطابقتها وشروط الإعتماد .

وبعبارة جامعة لن تؤدى الإعتمادات المستندية وظيفتها فى تأمين التجارة الدولية ما لم تتشدد البنوك فى عملية فحص المستندات التى تقدم اليها توفيراً للأمان وبثاً للثقة فى المعاملات التجارية بشكل عام .

هوامش

١ ـ د . شكرى أحمد السباعى الوسيط فى شرح قانون التجارة المغربى الرباط ١٩٨٨ ص ٤١٤ .

د . سميحة القليوبى الأسس القانونية لعمليات البنوك طبعة ١٩٨٨ ص ٣٩٦ .

كما تقرر محكمة النقض فى حكم لها ذات المعنى بالقول بأن الائتمان لا يقتصر على النشاط الإقتصادى داخل الدولة ، بل يجاوزه الى المعاملات الدولية ، إذ يلجأ إليه كوسيلة لتمويل التجارة الخارجية ومن قبيل ذلك منح المصدر الأجنبى للمستورد المصرى إئتمانا يمكنه من شراء المنتجات الأجنبية . على أن يسدد المستورد المصرى ثمن ما اشتراه على أقساط أو آجال معينة .

(نقض رقم ٣٥/٥٥٥ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٠ السنه ٣٤ ق صـ ٩٤٦ .)

٢ ـ د . محمود مختار بريرى المسئولية التقصرية للمصرف عند طلب فتح الإعتماد القاهره ١٩٨٦ ص ١٧ .

٣ ـ د . محيى الدين إسماعيل علم الدين العمليات الإئتمانية فى البنوك وضماناتها القاهرة سنة ١٩٧٥ ص٥ . والطعن بالنقض رقم ١٣٣٠ لسنه ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢" لم ينشر " .

٤ ـ نقض ١٩٨٣/٣/٢٨ الطعن رقم ٦٩٢ لسنه ٤٩ ق مج لسنة ٣٤ جزء ص ٨٢٥ . وإستئناف القاهرة الدائرة التجارية الأولى ١٩٥٠/٤/٢٠ ـ ١١٦ السنة ٥٠ ق مشار إليه فى موسوعة القضاء فى المواد التجارية عبد المعين لطفى جمعة ص ٥٣

٥ ـ د . حسنى عباس عمليات البنوك القاهره ١٩٧٢ صـ ١٤٧ .

٦ ـ د . نجوى ابو الخير البنك والمصالح المتعارضة فى الإعتماد المستندى رسالة دكتوراة القاهره ١٩٩٠ ص ٨ .

٧ ـ د . شكرى السباعى المرجع السابق ص ٤١٤ .

٨ ـ القرار رقم ١٥٢ /١٩٧٥ مجلة نقابة المحامين الأردنية سنة ١٩٧٦ ص ١٧٣ .

٩ ـ القرار رقم ١٩٧٥/١٥٢ مجلة نقابة المحامين الأردنية سنة ١٩٧٦ ص ١٧٣ .

١٠ ـ طعن بالتميز كويتى رقم ١٣١ /١٩٨١ تجارى جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ مجلة القضاء والقانون (١٩٨٣) .

١١ ـ د . نور طالبانى فى شرح القانون التجارى العراقى بغداد ١٩٧٢ ص ١٥٥

١٢ ـ د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ١٢ وراجع كذلك د . محيى الدين إسماعيل أضواء على القواعد والعادات الموحدة للإعتمادات المستندية سنة ١٩٨٤ ص ٨ .

١٣ ـ فمحكمة النقض تقرر فى حكم لها بأن البنك الذى يفتح إعتماداً مستندياً للوفاء بثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يعتبر وكيلاً عن المشترى فى الوفاء للبائع بقيمة الإعتماد كما لا يعتبر ضماناً أو كفيلاً يتبع التزامه التزام عميله المشترى ، بل يعتبر التزامه فى هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع والمشترى يلتزم بمقتضاه الوفاء بقيمة الإعتماد متى كانت المستندات المقدمة اليه مطابقة لما تضمنه خطاب الإعتماد دون أن يكون للبنك فى ذلك أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير أو الاستنتاج .

(الطعن رقم ٤٤٣ لسنه ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

١٤ ـ J . Stouffelet , Le crédit documment Aire Paris 1957 Page 298et S .

وراجع كذلك د . مصطفى كمال طه القانون التجارى طبعة سنة ١٩٨٠ ص ٥١٩ .

ود . حسنى عباس المرجع السابق ص ١٥١ وراجع د . شكرى السباعى الوسيط فى قانون التجارة المغربى المرجع السابق ص ٤١٤ د . سميحة القليوبى المرجع السابق ص ٣٩٩ .

١٥ ـ Cassation Comm . 200et 1953 Recueil . D .,1953 Page 4

١٦ ـ د . محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى الجزء الثانى سنة ١٩٥٢ ص ٣٩٦

١٧ ـ فى ذلك تقرر محكمة النقض بأنه ليس للبنك فاتح الاعتماد أن يدخل فى اعتباره شروط عقد البيع ولا شروط عقد الاعتماد أو علاقته بعميله المشترى كما أن محافظة البنك على مصلحته لا يمكن أن تكون أساسا للخروج على عبارات خطاب الاعتماد التى تحدد وحدها علاقته بالمستفيد من الاعتماد .

(الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

١٨ ـ د . السيد محمد اليمانى الاعتماد المستندى الطبيعة القانونية للإلتزام البنك رسالة دكتوراة جامعة القاهرة سنه ١٩٧٤ ص ٢٠ .

١٩ ـ د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ٣٤ .

٢٠ ـ د . شكرى السباعى المرجع السابق ص ٤١٤ .

٢١ ـ د . السيد اليمانى المرجع السابق ص ٣٠ .

٢٢ ـ د . السيد اليمانى الرسالة السابقة ص ٣٧ .

٢٣ ـ د . محيى الدين إسماعيل الإعتماد المستندى فى الفقه والعمل - القاهرة سنة ١٩٦٨ ص ٣٦ .

٢٤ ـ يراجع د . على جمال الدين دور البنك فى فحص المستندات فى الإعتمادات المستندية مجلة المحامى الكويتية العددان السادس والسابع السنة ٤ .

٢٥ ـ د . محيى الدين أسماعيل المرجع السابق ص٤٠ .

٢٦ ـ د . السيد اليمانى الرسالة السابقة ص ٤٥٨ .

٢٧ ـ د . محيى الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٤٢ د . السيد اليمانى ص ٤٨ .

٢٨ ـ د . على البارودى العقـود وعمليات البنوك التجارية طبعة ٢ سنة ١٩٦٨ ص ٣٧٧ د . حسنى عباس المرجع السابق ص ١٥٢ .

د . سميحه القليوبى المرجع السابق ص ٤٠١ .

٢٩ ـ نقض مدنى طعن رقم ٤٨/٣٧٢ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٨ .

٣٠ ـ د . محيى الدين أسماعيل المرجع السابق ص ٥٢ .

٣١ ـ د . رزق الله انطاكى ، ونهاد السباعى موسوعة الحقوق التجارية جزء ٣ دمشق سنة ١٩٥٨ ص ٤٦٢ .

٣٢ ـ د . محيى الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٥١ ،

٣٣ ـ يراجع فى الطبيعة القانونية لفتح الإعتماد د . حسنى المصرفى عمليات البنوك القاهرة ١٩٨٧ ص ٥٤ .

٣٤ ـ يراجع فى عرض هذه النظرية . على جمال الدين الإعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارنة طبعة ١٩٨٩ ص ٤٥١ .

و د . السيد اليمانى المرجع السابق ص ٤٣٧ .

٣٥ ـ د . السيد اليمانى الرسالة السابقة ص ٤٣٩ ورزق الله انطاكى ص ٥٢ .
وأستئناف القاهرة فى ١٩٦١/١١/٢١ المجموعة الرسمية السنة ٦٠ ص ١٤٢ .

ونقض مصرى ١٩٦٦/٥/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٢٧٩ .

٣٦ ـ Van maele, Ana lyce juridque Credit irrévocav ab Ie de la lettre de Change . Rev . de la banque , Brux elles 1947 , p 335

د . محيى الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٢٥٥ .

٣٧ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٤٥١ ، والدكتور السيد اليمانى المرجع السابق ص ٤٥٢ .

٣٨ ـ Roussau note sous séine 27 feb 1920 sirey 17/1/1922

٣٩ ـ MA Rais (G) du crédit confirme , en matiéré dacumer-taire Paris 1953 . No 28 et suiv .

٤٠ ـ نقض فرنسى ١٩٢٦/١/٢٦ د . الوز ١٩٢٦ ـ ١ ـ ٢ مع تعليق كامل .

٤١ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ٤٥٠ وحكم محكمة النقض ١٩٥٤/٤/١٥ مجموعة ٢٥ سنة جزء ص ٢٣٠ ونقض ١٩٧٣/١٠/٣١ مج ٢٤ ص ١٠٤٠ ،

ود . السيد اليمانى ص ٤٤٣ .

٤٢ ـ المرجع السابق رقم ١٤٠٨ ، وفانرين المرجع السابق ص٣/ ٢١٦٨

Escarra : Manual de drait commercial 1948 . No 1408

وفانرين المرجع السابق صـ ٢١٦٨/٣ .

وفى نفس المعنى (الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٤٤ ق ـ جلسة ١٩٧٨/٢/٢٠ س ٢٥ ص ٥٢٢)

٤٢ ـ حسنى عباس عمليات البنك ص ١٢٩ ، ود . على جمال الدين المرجع السابق ص ٥٠٢

ود . السيد اليمانى المرجع السابق ص ٤٦٢ .

٤٣ ـ الطعن بالنقض رقم ١٦٨٥ السنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٩ " لم ينشر "

وراجع كذلك نقض ١٩٥٤/٤/١٥ طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ ق مجموعة القواعد ج ١ ص ٢٢٠ رقم واستئناف القاهرة الدائرة التجارية التاسعة ١٩٥٦/٥/٢٢ الاستئنافين رقمى ٢١٢ ، ٣٥٣ لسنة ٧٢ ق .

هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش

٤٤ ـ. Stoufflet opdit page 18

٤٥ ـ د . سميحة القليوبى المرجع السابق ص ٤٠٥ .

٤٦ ـ د . نجوى ابو الخير الرسالة السابقة ص ٦٣ ، ذلك لأن التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المصرفى من يوم تثبيته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشترى على الصفقة فلا يلتزم البنك بالوفاء بقيمته إلا إذا نفذ المستفيد شروط عقد الاعتماد " طعن رقم ٤٣٣ لسنه ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ لسنه ١٧ ص ١٢٧٩ . "

٤٧ ـ فالبنك يجب عليه أن يقوم بأرسال خطاب الإعتماد الى المستفيد بالسرعة المعقولة ووفقاً لتعليمات العميل وكما هى واردة فى عقد الإعتماد وعليه أن يوضح مبلغ الإعتماد وطريقة . الوفاء به مؤجلاً فورياً أم قبولا أو خصماً للكمبيالة المستندية والبنك المخصص لذلك لكن لا يجوز للبنك أن يتجاوز ذلك الى تفصيل فحوى المستندات إلا إذا طلب ذلك العميل صراحة فالبنوك وإن كانت تمتهن عمليات البنوك فلا شأن لها بفنون التجارة كما وأن خطاب الإعتماد مستقل عن العقود التى كانت أساساً له فالبنك لا شأن له بعقد البيع ولا تنفيذه وهذا ما تقرره صراحة (المادة) " ١١/ أ ، ب من الأصول والعادات الموحدة والمادة ٤٦ منها "

٤٨ ـ د . نجوى ابو الخير الرسالة ص ٩٣ .

٤٩ ـ (طعن بالنقض رقم ١٦٨٥/٥٨ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٩ لم ينشر)

٥٠ ـ نقض فرنسى ١٩٧٤/١٢/٢ مشار اليه فى المجلة الفصلية فى القانون التجارى سنة ١٩٧٥ ص ٥٧٤ كما قررت محكمة النقض المصرية فى حكم لها بأن المصرف الذى يفتح إعتماداً مستنديا بثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يلزم بالوفاء إلا إذا كان هناك تطابق كامل بين المستندات وشروط فتح الاعتماد دون أن يكون للبنك فى ذلك أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثانى ـ البنك ـ رفض صرف قيمة الاعتماد للطاعن بناء على ما أكتشفه من مخالفة بيانات الشهادة الزراعية الصحية لبيانات البضاعة فى باقى المستندات المقدمة من حيث عدد الصناديق المعبأة فيها ووزن كل صندوق وأن تلك الشهادة تحمل تاريخا لاحقاً لتاريخ الشحن مما شكك البنك فى سلامتها فضلاً عن خلوها من بيان صلاحية البضاعة وفقا لما تنص عليه شروط فتح الاعتماد .. فأن الحكم إذا إنتهى إلى أن المطعون ضده الثانى محق فى عدم الصرف لالتزامه بتعليمات المطعون ضدها الأولى التزاماً صرفياً لا يكون قد أخطأ فى فهم الواقع .

هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش

نقض رقم ١٩٨ لسنة ٨٩ ق – جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ – السنة ٢٧ص ٢٩٢ .

٥١ ـ حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٨٢/٤٩٤ مجلس نقابة المحامين لسنة ١٩٨٢ ص ١٥٤٣ .

٥٢ ـ د . نور طالبانى شرح قانون التجارة العراقى ص ١٥٦ المرجع السابق .

ود . سميحة القليوبى المرجع السابق ص ٤١١ .

٥٣ ـ لأن ذلك يعرض البضاعة لمخاطر كثيرة راجع فى ذلك د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٠٥ .

٥٤ ـ Gutteridge and megrah the law of bankers , Commercial erédit London 1979 Page IB

٥٥ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٢٧ .

٥٦ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٣٥ .

٥٧ ـ (طعن بالنقض ١٩٥٤/٤/١٥ رقم ٤١٤ لسنة ٢١ق سابق الإشارة اليه) .

٥٨ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٤٤ .

٥٩ ـ د . على جمال الدين الرجع السابق ص ٢٥٥ .

٦٠ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٦٤ .

٦١ ـ قضى قضاء حديث لمحكمة النقض تعرضت فيه لقاعدة التنفيذ الحرفى بالقول .

جرى قضاء هذه المحكمة على أن أساس نظام الاعتماد المستندى غير قابل للالغاء هو استقلاله عن عقد البيع القائم بين البائع والمشترى يلتزم بمقتضاه البنك الذى فتح الإعتماد بالوفاء بقيمته متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً لما تضمنه خطاب الإعتماد دون أن يكون له فى ذلك أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير أو الإستنتاج ، وفى ذات الوقت ليس للبنك أن يستقل دون موافقة عميله بتعديل شروط الاعتماد وعليه إذا ما قدمت له مستندات الشحن من المستفيد أن يقوم بمطابقتها على ما ورد بشأنها فى خطاب الاعتماد بحيث إذا لم يعترض عليها خلال أجل معقول يكفى لفحصها ، أعتبر ذلك قبولاً لها بحالتها التى قدمت بها ما يترتب عليه إلتزامه بالوفاء بقيمة الإعتماد .

(الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٨)

٦٢ ـ مشار اليها فى رسالة د . السيد اليمانى المرجع السابق ص ٩٧ .

٦٣ ـ (طعن بالنقض رقم ٣٧٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٨) وفى هذا الحكم تقرر المحكمة أنه وإن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عقد الإعتماد المستندى عقد مستقل عن عقد البيع يتعهد بمقتضاه البنك فاتح الإعتماد ـ وبناء على طلب العميل الآمر ـ إذا كان الإعتماد قطعيا ـ بالوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد أو بقبول الكمبيالة التى يسحبها عليه الأخير إذا كانت مستنداته كاملة ومطابقة تماماً لشروط خطاب الإعتماد الا أن هذا خطأ الحكم فيما ذهب اليه من أن عقد الإعتماد المستندى هو عقد بين البائع والمشترى وأن البنك فاتح الإعتماد لا شأن له به سوى أنه أمين للطرفين ، لم يكن له أثر فى قضائه ، وذلك أن الحكم عاد عند تطبيق آثار ذلك العقد وقرر بالتزام البنك فاتح الإعتماد بالوفاء للمستفيد اذا كانت مستنداته مطابقة لخطاب الإعتماد وهو ما يتفق مع التعريف الصحيح لعقد الإعتماد المستندى ، ومن ثم فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون ـ فى خصوص السبب ـ يكون غير مقبول .

٦٤ ـ د . موريس نصر الإعتماد المستندى مجلة القضاء بغداد ١٩٦٠ العدد ١ ، ١٢ ص ١٤٤ .

٦٥ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٦٤ . ستوفليه ص ٢١٣ وجوتردج ص ٣٢ .

(ونقض فرنسى ١٩٧٤/١٢/١٥ المجلة الفصلية للقانون التجارى سنة ١٩٧٥ ص ٥٧٤) .

ونقض مصرى طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧) .

٦٦ـ Megra op . eit Page 256

٦٧ ـ د . نجوى ابو الخير الرسالة السابقة ص ٨٠ والأحكام التى أشارت اليها .

٦٨ ـ د . نجوى ابو الخير المرجع السابق ص ٢٦٩ .

٦٩ ـ د . نجوى ابو الخير الرسالة السابقة ص ٦٠ وطعن بالتمييز كويتى ١٩٨١/١/٣١ تجارى جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ .

٧٠ ـ د . محيى الدين إسماعيل المرجع السابق ص ١٠٣ ود . نجوى ابو الخير الرسالة السابقة ص ١٠٦ .

٧١ ـ السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول ص٦٥٦ وما بعدها .

٧٢ ـ د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٦٦ . ود . موريس نصر المرجع السابق ص ٢٨٩ ، ٢٥٠ وحوتردج ومجرا ص ٨٥ ونقض مصرى (الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧ ، نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ السنة ٢٧ ص ٢٩٢ .

٧٣ ـ د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ٢٦٣ .

٧٤ ـ (نقض مصرى رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧) .

جريمة خيانة الأمانة

للسيدة الأستاذة
إجلال النمر
المحامية

بسم الله الرحمن الرحيم

انا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً .

" صدق الله العظيم "
(أية ٧٢ من سورة الأحزاب)

أشرقت علينا هذه الآية الكريمة لتبين لنا بكلماتها المنيرة ثقل الأمانة وعظم أمرها وصعوبة تكليفها ومشقتها التى أبت أن تتحمل به أعظم كائنات الوجود ، وكيف أن الإنسان بضعفه رضى أن يحملها .

ولعل المعنى العام للأمانة لا يتسع له مجال بحثنا ودراستنا الموجزة حول جريمة خيانة الأمانة التى حددت أركانها وشروطها المادة (٣٤١) من قانون العقوبات ولذلك نكتفى بالحديث عن الأمانة بالقدر الضئيل الذى يتصل بالتنظيم الجنائى لها .

موجز البحث

نصت المادة (٣٤١) من قانون العقوبات :

كل من إختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقود أو تذاكر أو كتابان أخرى مشتمله على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها .

وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الايجارة أو على سبيل عارية الإستعمال أو كرهن أو كانت قد سلمت إليه بصفة كونه وكيلاً بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو إستعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره ، يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى .

مقدمة

فكرة عامة :

جريمة خيانة الأمانة فى القوانين القديمة من صور السرقة ولم تتخذ مكانها الصحيح كجريمة مستقلة عن السرقة إلا منذ صدر القانون الفرنسى عام ١٧٩١ أثناء الثورة الفرنسية وجعل من هذه الجريمة جريمة مستقلة . فقرر العقاب عليها وأطلق عليها أسم خيانة الأمانة.

ثم صدر قانون العقوبات الفرنسى عام ١٨١٠ مقرراً ذات ، وخصص بالعقاب عن جريمة خيانة الأمانة الماده ٤٠٨ المعدلة فى عام ١٨٣٢ ، ١٨٦٣ وقد سار قانون العقوبات المصرى على نفس الدرب ، فقرر العقاب فن جريمة خيانة الأمانة فى المادة ٣٤١ منه ويبرر المشرع إستقلالها عن جرائم السرقة الأخرى لإنها

تتميز بكونها إخلال بالثقة التى أودعها مالك الشىء فى الجانى

الفصل الأول

محل الجريمة

يتضح من نص المادة ٣٤١ الخاص بجريمة خيانة الأمانة أن محل الجريمة يتضمن مالا منقولاً أو مملوكاً للغير وأن يكون هذا المال المنقول المملوك للغير قد سلم إلى الجانى قبل وقوع الفعل الإجرامى وأن يكون هذا التسليم قد تم بناء على عقد من عقود الأمانة التى حددها النص على سبيل الحصر .

المبحث الأول

مال منقول

الشرع لم ينص صراحة فى المادة ٣٤١ عقوبات على أن المال منقول ، ولكن يستفاد من أمرين إثنين ، أولهما أن الأشياء التى ذكرت بالمادة على سبيل المثال كلها من المنقولات وثانيها أن أحكام جرائم الإعتداء على الأموال لم يقصد من تنظيمها إلا حماية للمنقولات [١] وذلك بأن يكون المال المنقول محلاً لحق من الحقوق المالية وقابلاً للتملك وله قيمة ويستوى أن تكون له قيمة كبيرة أو ضئيلة مادية أو معنوية [٢] وقد إقتصر المشرع وقوع الجريمة على المنقول دون العقار إكتفاؤه بالنسبة للعقارما خوله لصاحبه من حق فى تتبعه فى أى يد تكون ، ويستوى فى حيازة المنقول أن يكون مشروع أو غير مشروع فمن إئتمن على مادة مخدرة أو سلاح غير مرخص فبدده أعتبر خائناً للأمانة [٣] .

المبحث الثانى

مملوك للغير

تشترط الماده ٣٤١ عقوبات أن يكون المال المنقول موضوع جريمة خيانة الأمانة مملوكاً للغير ويستفاد ذلك من عبارة إضرار بمالكيها وأصحابها أو واضعى اليد عليها والحكمة من هذا الشرط إستهداف حماية حق الملكية من الإعتداء عليه ولذلك لا تقع الجريمة من المالك على ماله ولو ترتب على ذلك إضرار بالغير : مثال : ـ أن يؤجر الدائن المرتهن الشىء المرهون لمالكه فيبدد المالك الشىء المملوك له ويلاحظ أن إنتفاء وقوع الجريمة يكون المتهم مالكاً للشىء يفترض ملكيته ملكيه خالصة له فإذا كان له شريكاً فيها أعتبر فعله حينئذ إعتداء على حق الغير فى ملكية الشىء فتقع الجريمة [٤] .

المبحث الثالث

سبق تسليم المال

لا يكف فى موضوع جريمة خيانة الأمانة أن يكون مالاً منقولاً مملوكاً للغير وإنما يجب أن يكون هذا المال قد سلم إلى الجانى ، تسليماً ناقلاً للحيازة الناقصة ويقتضى هذا الشرط أمرين :

اولهما : أن يكون المال قد سلم إلى الجانى سواء بالذات أو بالواسطة .

ثانيهما : أن يتم هذا التسليم بناء على وجه من الوجوه التى نص عليها القانون فيستوى وقوع الجريمة أن يكون تسليم المال إلى الجانى من المجنى عليه نفسه أو من غيره وكذلك يستوى وقوعاً أن يكون تسليم المال إلى الجانى نفسه أو إلى

من ينوب عنه كوكيله أو خادمه أو شريكه ولا يشترط أن يكون التسليم حقيقى بل يكفى التسليم الإعتبارى إذا كان المودع لديه حائزاً للشىء من قبل التسليم بهدف نقل حيازة ناقصة أو مؤقتة للجانى بحيث يكون ملتزماً برده إلى صاحبه .

المبحث الرابع

التسليم بناء على عقد من عقود الأمانة

تقتضى دراسة عقود الأمانة التى حددتها المادة ٣٤١ تحديد ماهية هذه العقوبات بصدد جريمة خيانة الأمانة وبيان أحكامها العامة . من حيث عدم التقيد بالتكييف الذى يسبغة المتعاقدان على العقد وإنما العبرة بحقيقة الواقع وبطبيعة العقد فإذا إتفق وجود عقد من عقود الأمانة فإنه يستوى أن يكون هذا العقد صحيحاً أو باطلاً .

كما يستوى أن يكون البطلان نسبياً لعدم أهلية المتعاقد أو لعيب من عيوب الرضا ، أو أن يكون مطلقاً لوجود عيب فى الشكل أو لعدم مشروعية السبب وتفسير ذلك أن المشرع الجنائى لا يستهدف بتحريم خيانة الأمانة ضمان تنفيذ إلتزام المدين الناشىء عن العقد وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن : (مناط العقاب ليس الإخلال بتنفيذ العقد وإنما هو العبث بملكية الشىء المسلم بمقتضى العقد) .

الفصل الثانى

الأحكام العامة لعقود الأمانة من حيث تكييف العقد وإنتفاء الجريمة .

المبحث الأول

تكييف العقد

العبرة فى تكييف العقد تخضع لحقيقة الواقع وطبيعة العقد كما يحددها المشرع وليس بعبارة الأوراق والألفاظ ولذلك فإن تكييف العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، وهذه العقود الواردة على سبيل الحصر كما وردت بالمادة ٣٤١ عقوبات الوديعة ـ العارية ـ الايجارة ـ الرهن ـ الوكالة . فلا يجوز للقاضى أن يقيس عليها عقود أخرى . فإذا أرتأت محكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت السبيل فإنها ترد العقد إلى تكييفه الصحيح ويستوى أن يكون العقد صحيح أو باطلاً لأن المشرع الجنائى لا يستهدف بالتجريم لجريمة خيانة الأمانة ضمان تنفيذ الإلتزام للدين الناشىء عنه العقد وإنما يومى إلى حماية ملكية الشىء المسلم بمقتضى العقد [٥]

المبحث الثانى

إنتفاء الجريمة

تنتفى جريمة خيانة الأمانة إذا تبين أن العقد الذى سلم المال إستناداً إليه لا يعتبر من عقود الأمانة التى حصرتها المادة ٣٤١ لإثبات قيام خيانة الأمانة كما أن بطلان العقد لا يؤثر على قيام حق المجنى عليه فى ملكية الشىء المبدد [٦] وأيضاً الإستبدال فى العقد إلى آخر ولكن يشترط لذلك أن يكون الإستبدال حقيقى وفقاً لأحكام القانون المدنى كأن يستبدل عقد الوكالة بعقد قرض وبه تنتفى الجريمة . وأيضاً يجب أن يكون هذا الإستبدال قد تم قبل وقوع

فعل التبديد حتى تنتفى الجريمة فإذا حصل الإستبدال بعد تصرف الأمين فى المال المؤتمن عليه وقعت الجريمة .

المبحث الثالث

الأحكام الخاصة بعقود الأمانة

عقد الوديعة : هو عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً ٧١٨ المادة ١٧٨ مدنى وفى عقد الوديعة يجب بمقتضى المادة ٧٢٢ أيضاً من القانون المدنى المصرى أن يقوم المودع لديه برد عين الوديعة إلى المودع ، وليس له أن يرد شيئاً مماثلاً لما أودع بل ما أودع بعينه وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن إلتزام المودع لديه برد الشيء بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة فإذا إنتفى هذا الشرط إنتفى معه عقد الوديعة (٧) .

المبحث الرابع

عقد عارية الإستعمال

هو عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للإستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين على أن يرده بعد الإستعمال ولا ترد على شيء يستهلك حتى يمكن رده كما تسلمه ولهذا لا ينطبق نص المادة ٣٤١ إلا على شيء سلم بناء على عارية الإستعمال وهذا طبقاً للمادة ٦٣٥ مدنى وأيضاً المادة ٦٤٤ مدنى يجوز للمغير أن يطلب فى وقت إنهاء العارية إذا أساء المستعير إستعمال الشيء أو قصر فى الإحتياط الواجب المحافظة عليه .

المبحث الخامس

عقد الإيجار

هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم تعتبر الأجرة ركناً من أركان عقد الإيجار سواء كانت محدده أو غير محددة مادام هناك إتفاق عليها ويستوى أن يكون الشيء المؤجر عقاراً أو منقولاً طالما أن الفعل المادى المكون لجريمة خيانة الأمانة قد وقع مع توافر القصد وتوافر عنصر الضرر دون توقف.

المبحث السادس

عقد الرهن

هو عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو أجنبى يعينه المتعاقدان . شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين إستيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى إقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى يد تكون طبقاً للمادة ١٠٩٦ مدنى والمقصود بعقد الرهن تبعاً للمادة ٣٤١ عقوبات هو عقد الرهن الحيازى ولهذا لا تقع جريمة خيانة الأمانة إذا كان محل الرهن عقار ولابد أن يكون محل الرهن منقول حتى تقوم جريمة خيانة الأمانة .

المبحث السابع

عقد الوكالة والعمل المادى

الوكالة هو عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل طبقاً للمادة ٦٩٩ مدنى ولا يعاقب المشرع الوكيل بنص المادة ٣٤٢ عن أى إخلال بالتزام من الإلتزامات

الناشئة عن عقد الوكالة وإنما يعنى بإخلال الوكيل بإلتزامه بتقديم المال الذى تحت يده بحكم الوكالة وخيانة الأمانة من الوكيل هى أكثر صور الخيانة وقوعاً فى العمل [٨] ، ويعتبر خائناً للأمانة الوكيل الذى يبدد الشىء الذى سلم إليه ليبيعه لحساب الموكل أو ثمن هذا الشىء بعد بيعه ، أو الأموال التى حصلها من الغير لحساب الموكل وبذلك تمتد الحماية الجنائية فضلاً عن الوكالة التعاقدية إلى الوكالة القانونية والقضائية وبناء على ذلك يعتبر وكيلاً فى معنى المادة ٣٤١ كل من الوصى والولى والقيم والسنديك فإذا إختلس أى منهم أو بدد مالاً تحت يده بهذه الصفة عد خائناً للأمانة والعمل المادى الذى ذكرته المادة ٣٤١ بالإضافة إلى العقود التى حددتها على سبيل الحصر حالة تسليم الأشياء بقصد إستعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو لغيره وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن المادة ٣٤١ من قانون العقوبات إذ نصت على تجريم إختلاس أو تبديد الأشياء الت تسلم على وجه الوديعة أو الإيجارة أو على سبيل عارية الإستعمال أو الرهن فى عقود الأمانة ، فذكرت إنه إذا كانت الأشياء التى سلمت للوكيل بأجره أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو إستعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك أو غيره ، فإن مفاد هذه العبارة من النص لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة كما هو معروف فى المادة ٦٩٩ من القانون المدنى الذى بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل فحسب ، بل يندرج تحت حكمها أيضاً حالة الشخص الذى يكلف بعمل مادى لمنفعة مالك الشىء أو غيره ويؤكد ذلك أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانونى أو مادى لمنفعة المالك أوغيره ، ومن ثم فإن إختلاس أو تبديد العامل للأشياء المسلمة له لتصنيعها أو إصلاحها لمنفعة مالكها أو غيره يكون مؤثماً فى حكم المادة ٣٤١ من قانون العقوبات [٩] .

الفصل الثالث

الركن المادى

لما كانت جريمة خيانة الأمانة شأنها جريمتى السرقة والنصب تمثل إعتداء على الملكية فإنه يجب أن نبدأ من هذا المنطلق فى تحديد كل من صور الإعتداء فى هذه الجريمة وهى الإختلاس ـ التبديد ـ الإستعمال) .

المبحث الأول

الإختلاس

أن يقوم الأمين بتغير حيازة الشىء المؤتمن عليه من حيازة ناقصة إلى حيازة كامله منكراً بذلك حق مالكه عليه دون أن يخرجه من حيازته .

ويجدر بنا أن نشير إلى أن المقصود بالإختلاس كفعل لجريمة خيانة الأمانة غير الإختلاس كفعل لجريمة السرقة وذلك لأن حائز الشىء لا يستطيع إختلاسه بالمعنى المتعارف عليه فى جريمة السرقة وإنما إضطر المشرع إلى إستعمال لفظ الإختلاس لعدم وجود ما يقوم مكانه ويؤدى المعنى المطلوب بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة .

المبحث الثاني

التبديد

هو فعل يتضمن الإختلاس ويزيد بإخراج الشيء من حيازة الأمين نهائياً بما يحول دون إمكانه رد الشيء إلى صاحبه ومن تكرار لفظ الإختلاس في هذه الجرائم ورغم إختلاف مدلوله من جريمة إلى آخرى ـ وما كان المشرع ليس بحاجة إلى إعادة ترديد هذا اللفظ في جريمة خيانة الأمانة بعد ترديده في جريمة السرقة ـ واللغة العربية غنية بألفاظها وفيها ما يفيد معنى إساءة الإئتمان فقد ورد في الحديث الشريف (لا إغلال ولا إسلال) أي لا خيانة ولا سرقة. وقال بعض شراح الفقه الإسلامي (إنه ليس على المستعير غير المغل ضمان) بمعنى إنه ليس على المستعير غير الخائن ضمان .

(وما لنبي أن يغل) أي لنبي أن يخون . إلا إنه من المستقر عليه أن كلمة أغل ويغل من الخيانة وإغتيال الحق معناه إنكار الحق وكلها مترادفات لمعنى واحد هو الخيانة (١٠)

المبحث الثالث

الإستعمال

إذا كان المشرع لم ينص صراحة في المادة ٣٤١/ عقوبات لنوعية الإستعمال إلا إنه يستفاد إن الإستعمال يرد على المنقول وإن أحكام جرائم الإعتداء على الأموال لم يقصد من تنظيمها إلا حماية المنقولات (١١).

ومن الأعمال التحضيرية للقانون المصري المدني بأنه يعتبر مالاً منقولاً جميع الحقوق والدعوى الشخصية المتعلقة بشيء منقول بما في ذلك حق الملكية للمنقول والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أي حقوق الملكية الأدبية والصناعية وما شابهها . بحيث تكون حيازتها بقصد الإستعمال الذي لا يتعدى على ملكيتها أو يهدر من قيمتها أو يهلكها بأحداث ضرر مقصود عليها وذلك طبقاً للمادة ٣٤١.

الفصل الرابع
الضرر

نصت المادة ٣٤١ عقوبات صراحة على وجوب توافر الضرر في جريمة خيانة الأمانة إذا إشترطت أن تكون الأموال أو تبديدها أو إستعمالها . إضراراً بمالكيها أو واضعي اليد عليها ومن ثم فلا جريمة وإن توافرت سائر أركان جريمة خيانة الأمانة ولم يتوافر ركن الضرر .

المبحث الأول

المقصود بالضرر

لم يكتفي المشرع بوقوع الفعل المادي المكون للجريمة ولا أن يقع على شيء منقول مملوك للغير ، وإنما يجب أن يرتكب إضراراً بالمجني عليه ويستوى هذا الضرر في أن يكون ضرراً معنوياً أو ضرراً أدبياً أو ضرراً محقق أو محتمل الوقوع أو ضرر فادح أو ضرراً يسيراً والبحث في حصول الضرر أو عدمه يفصل فيه قاضي الموضوع ولا يدخل حكمه في ذلك تحت رقابة محكمة النقض.

ولا يعني تحقيق شرط الضرر أن يكون المضرور معين وعلى ذلك تقع الجريمة إذا جمع شخص تبرعات لمساعدة منكوبي كارثة ثم بدد التبرعات قبل تحديد مستحقيها.

المبحث الثانى

أثر الضرر

يكفى لوقوع الضرر الذى يلحق بالمجنى عليه حتى ولو لم تعد على الجانى أى فائدة نتيجة إضراره بالمال فإذا أؤتمن شخص على شيء فأخرجه أو أتلفه فيكفى ذلك لإعتباره خائناً ، ولا عبرة بمدى الضرر أو بمقداره ، لذلك قضى بإدانة شخص سلمت إليه الألبان ليبيعها فأضاف إليها كمية من الماء وباعها وإحتفظ لنفسه بالمبلغ الناتج عن هذا الغش ولذلك عندما يكتشف ومن ثم تقوم السلطة صاحبة الشأن بالعودة على المؤتمن بالتعويض[١٣].

كذلك نصت المادة ٣٤١ عقوبات صراحة على وجوب توافر الضرر فى جريمة خيانة الأمانة إذا إشترطت أن يكون إختلاس الأموال أو تبديدها أو إستعمالها إضراراً بمالكيها أو واضعى اليد عليها . ومن ثم فلا جريمة أن توافر سائر أركان الجريمة دون أن يتوافر ركن الضرر.

الفصل الخامس

الركن المعنوى

هو القصد الجنائى العام ويقوم على العلم والإرداة وإنه إلى جانب توافر القصد الجنائى العام لا بد من توافر القصد الجنائى الخاص الذى يتطلب فيه تملك المال أو حرمان صاحبه منه .

المبحث الأول

العلم

لا بد من توافر علم الجانى بعناصر الجريمة ولهذا فإنه يجب أن ينصرف علم الجانى وقت إرتكاب الجريمة إلى أن فعله يقع على مال غير مملوك له وأنه قد سلم له بناء على عقد أمانه وان فعله مضر ضرراً محققاً أو محتملاً بالمجنى عليه وعملاً بذلك إذا تصرف الوكيل فى مال موكله عليه ، بأن يحصل على مال يمكنه من رد المبلغ المطالبة فإذا عجز عن الرد فإنه يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إذا إنه لا شك قد توقع إحتمال عدم حصوله على المال وبالتالى عدم إمكانه الرد.

المبحث الثانى

الإرادة

لا بد من توافر إتجاه إرادة الجانى إلى القيام بفعل الخيانة فإذا لم تتجه إرادة المتهم إلى ذلك وإنما هلك المال نتيجة إهمال وعدم إحتياط ، إنتفت الجريمة لإنتفاء القصد الجنائى كذلك يجب أن تتجه إرادة الجانى إلى الإضرار بالمجنى عليه ويعدل هذه الإرادة مجرد قبول الجانى إحتمال وقوع الضرر بالمجنى عليه .

المبحث الثالث

القصد الجنائى الخاص

لا يكفى توافر القصد الجنائى العام بل لابد أيضاً من وجود القصد الخاص المتمثل فى نية التملك من تغيير حيازته من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة مع إنكار حق صاحبه عليه وإثبات القصد ، يتم بتصرف الحائز فى المال المسلم إليه على سبيل الأمانة ، على سبيل المثال بالبيع بالهبة أو بالمقايضة تلك التصرفات كافية للقول بتوافر القصد .

وأكثر الأفعال دلالة على القصد الخاص لدى الجانى وتغيير نية الحيازة لديه من ناقصة إلى كاملة هو إمتناعه رد الشيء عند مطالبته إياه .

وإذا كان الإمتناع يعتبر قرينة على توافر القصد الجنائى لجريمة خيانة الأمانة فإن للمتهم أن ينفى هذه القرينة بكل الطرق [١٤] .

الفصل السادس

العقوبة

وبمفاد ما سبق إذا تحقق وقوع جريمة خيانة الأمانة أصبحت سبباً منشئاً لحق الدولة فى العقاب ولكن ذلك ليس كافياً وحده لتطبيق العقوبة بل يتوقف تطبيقها على توافر الخطورة الإجرامية سواء أكانت مفترضة من قبل المشرع أم كانت قضائية يتم التثبت منها بمعرفة القاضى ويعتد بها القانون فى تقدير العقوبة المقررة لجريمة خيانة الأمانة الحبس ، ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى ، كذلك يجوز تشديد العقوبة فى حالة العود ، وبما يمكن القول بأن العقوبة لا تباشر أثرها المانع فى مواجهة الخارجين على القانون ويرتكبون جرائمهم دون خوف من العقوبة لضعف جسامتها وردعها حيث جرى القضاء على مد حكم المادة ٣١٢ من قانون العقوبات الخاص بتقييد رفع الدعوى عن جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج شكوى المجنى عليه إلى جريمة خيانة الأمانة كما مدها إلى جريمة النصب بما شكل عقبة فى وجه الردع العام المستهدف من العقوبة كوظيفة إجتماعية لتحقيق التوازن العادل وتأكيد سلطة الدولة وسيادة القانون .

المبحث الأول

قيام الجريمة

جريمة خيانة الأمانة وقتية فهى تتم بمجرد توافر الأركان السابقة فلا يشترط لقيامها حصول المطالبة برد الأمانة المدعى بتبديدها وإنما يتحقق كما ذكرت محكمة النقض بكل فعل يدل على أن الأمين أعتبر المال الذى أؤتمن عليه مملوكاً له يتصرف فيه تصرف المالك ولا يشترط لتحقيقها خروج المال بالفعل من حيازة الأمين بناء على التصرف الذى أوقعه [١٥] .

لا يؤثر قيام الجريمة وتمامها إعادة الأمانة أو ما يعادل قيمتها أو تعهد الخائن بردها إذ لا يؤثر ذلك إلا فى أن يكون سبباً فى تخفيف العقوبة وهى الحبس ويجوز زيادة غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى ويجوز تشديد العقوبة فى حالة العود وقد جرى القضاء على مد حكم المادة ٣١٢ من قانون العقوبات الخاصة بتقييد رفع الدعوى عن جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج شكوى المجنى عليه إلى جريمة خيانة الأمانة ويترتب على ذلك أنه إذا خان الأمين الأمانة إضراراً بالزوج أو أصله وفروعه لا ترفع عليه الدعوى الجنائية إلا إذا قدمت الشكوى من المجنى عليه . وإذا تنازل المجنى عليه من الدعوى يترتب على ذلك إنقضاؤها قبل المتهم . ولا مجال لحالة الشروع فى جريمة خيانة الأمانة لإنه لا يوجد إنفصال بين الإرادة والتنفيذ فالشيء يكون فى حيازة الأمين ولا يوجد ما يمنعه من تملكه ولهذا فقد خلت هذه الجريمة من صورة الشروع .

المبحث الثاني

الردع الازم والخطورة الإجرامية

الردع هو أحد التدابير الجنائية المتمثل فى العقوبة ، والعقوبة بمفهومها المعاصر ترتبط بوجود النظام الجنائى ككل ولأن العقوبة تقاس فى جسامتها ومدتها بالواقعة الإجرامية المرتكبة مع التعادل بين ما حققه الجانى من ضرر وما يجب أن يناله من ضرر مماثل تحقيقاً لقيمة إجتماعية تتصل بطبيعة الإنسان ومعنوياته ألا وهى العدالة .

وتتمثل العقوبة إلى جانب الحرمان من كل أو بعض الحقوق الشخصية أيضاً فى الإيلام والزجر كأثر تهديدى لكل من تسول نفسه لإرتكاب هذه الجريمة . ولا شك إن العقوبة تمثل باعث مانع من إرتكاب الجريمة بالنسبة لكثيرين ممن تنزوى لديهم بالنسبة لظروف معينة ويمكن القول بأن العقوبة إذا لم تباشر أثرها التهديدى بالنسبة للجانى فإنها تباشره بالنسبة لغيره عند تنفيذها ، وبذلك يتحقق الهدف من قيامها بإعادة التوازن بين القيم القانونية المختلفة وتحقيق الإستقرار القانونى وهو من أدق الأمور لحماية المصالح الإجتماعية المعتدى عليها وإرضاء الشعور بالعدالة فى وقت واحد كواجب من واجبات النظام القانوني كله .

الخاتمة

إن الإيمان بالقانون وسيادته هو أعظم الضمانات الكفيلة بصيانة المجتمع وإساء دعائم الثقة العامة بين الأفراد تجاه بعضهم البعض وتجاه القانون .

والله المستعان

> ليس على القاضى فى خطئه - إذا أخلص النية - تعقيب ، فهو بشر قبل كل شىء ، إنما عليه المآخذ تأخذه بالنواصى والإقدام ، إذا انزلق فى مزالق الهوى ، وأحاطت بعنقه الشبهات ...
>
> **الإمام محمد عبده**

هوامش

١ـ الموسوعة الجنائية جزء ٢ ص ٣٢٥.

٢ـ الأستاذ أحمد أمين ص ٧٤٤.

٣ـ نقض ١٦ أكتوبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩ رقم ١٣٧ ص ٦٩٥.

٤ـ نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ص ٦٥٣.

٥ـ نقض ج٤ رقم ١٨٩ ص ١٩٠.

٦ـ الأستاذ أحمد أمين ص ٧٧٠.

٧ـ جلسة ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ منشور مجموعة الأحكام ص ٣٨٧ بند ١٣٣٧ السنة الثالثة .

٨ـ د. محمود مصطفى ص ٦١٤.

٩ـ نقض ١١ أكتوبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س٣٧ رقم ١٦٦ ص ٧٢٩.

١٠ـ مختار الصحاح طبعة سابعة سنة ١٩٥٣ ص ٤٧٩.

١١ـ الأستاذ أحمد أمين طبعة ١٩٣٤ ص ٧٥٧.

١٢ـ نقض ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٩ مجموعة الأحكام س٢ رقم ١٢٦ س٦٦ ، س ٦١.

١٣ـ نقض ١٨ مارس سنة ١٩٣٦ منشور مجلة العلم الجنائى .

١٤ـ نقض ١١ فبراير سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام س ٢٤ رقم ٣٩ ص ١٧٦.

١٥ـ نقض ١٩ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة أحكام ج٦ رقم ٥٠٦ ص ٦٥٠.

بدائل الدعوى الجنائية

للسيد الأستاذ
حمدى رجب عطية
المحامى

بدائل الدعوى الجنائية

مقدمة

تقوم الدولة بإقتضاء حقها فى العقاب عن طريق الدعوى الجنائية تطبيقاً لمبدأ لا عقوبة بغير دعوى جنائية فلا تملك الدولة معاقبة متهم ولو إعترف طواعية ، وقبل العقوبة المنصوص عليها فى القانون بغير هذه الدعوى ، وعلة ذلك أن سلطة الدولة فى العقاب فيها مساس جسيم بحرية المتهم [1] .

ويجب عدم الخلط بين سلطة الدولة فى توقيع العقاب وسلطتها فى مباشرة الدعوى العمومية . فسلطة الدولة فى توقيع العقاب تنشأ من تاريخ إرتكاب الجريمة ، إذ منذ هذا التاريخ يحق للدولة إتخاذ كافة الإجراءات لمباشرة الدعوى العمومية كوسيلة لممارسة سلطتها العقابية [2] .

وقد حرصت الإنسانية على إقرار الدعوى الجنائية والتمسك بها لما تنطوى على ضمانة إجراء محاكمة عادلة للفصل فى إدانة الفرد من عدمه عن أى جريمة تنسب إليه .

والدعوى الجنائية تعتبر إحدى نتائج رد الفعل إزاء التعسف فى التجريم والعقاب الذى كان يسود معظم المجتمعات فى الحقب الزمنية الماضية [3] . وهناك تلازم قائم بين الدعوى الجنائية وسلطة الدولة فى العقاب [4] . وعلى ذلك لا يستقيم القول بأن الدولة قد تحصل على حقها فى العقاب دون دعوى جنائية كما فى الصلح الضريبى مثلاً ، وذلك لأن المشرع قد أجاز هذا الصلح لعلة خاصة وهى ما تنطوى عليه تلك الجرائم من الإعتداء على المصالح المالية للدولة .

كما أن حصول الدولة على التعويض عن طريق الصلح ينطوى على إيلام مالى للمحكوم عليه ، وهذا من شأنه أن يعوق إحتمال عودة المتهم إلى إرتكاب مثل هذه الجرائم ، بإعتبار إنه لم يرتكبها إلا من أجل كسب مالى غير مشروع [5] .

كما أن الصلح نوع من التنظيم الإجرائى نظمه المشرع لنوع معين من الجرائم البسيطة للحد من إطالة الإجراءات [6] . ومن هنا تظهر أهمية الدعوى الجنائية فى تحقيقها للعدالة بما فى ذلك إعتبارها ضمانة مؤكدة من ضمانات المتهم .

ولقد ترتب على الإتجاهات الحديثة فى سياسة العقاب نتائج إجرائية كبيرة الأهمية ، وأهم هذه الإتجاهات فكرة إحلال التدابير الإحترازية محل العقوبات التقليدية فسلطة الدولة فى العقاب لم تعد تعنى

تحقيق العقاب بالمعنى التقليدى الذى يهدف إلى الإيلام وإنما يعنى فى المقام الأول إصلاح المجرم .

كذلك فإن المؤتمر الدولى لعلم العقاب سنة ١٨٨٥ أظهر فكرة إمكان إحلال بعض التدابير المقيدة للحرية بدلاً من عقوبات الحبس . كما أنه قد ظهرت مشكلة إلغاء العقوبات قصيرة المدة [٧] . ولقد أظهر المؤتمر السادس للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين الذى عقد فى كراكاس سنة ١٩٨٠ عيوب العقوبة المقيدة للحرية والمناداة بالتوسع فى إستخدام التدابير البديلة . كما وجد إتجاه يرمى إلى الحد من التجريم وأطلق عليه إسم اللاتجريم " Decriminalisation " وهو يدين قانون العقوبات بإعتباره غير صالح لحماية المصالح الإجتماعية ، وأخيراً فإلى جانب القطاع الجنائى وجدت قطاعات آخرى كثيرة تساهم بدور فعال فى مكافحة ظاهرة الإجرام [٨].

لقد ترتب على كل هذه الإتجاهات إضعاف الدعوى الجنائية كأسلوب قانونى لإعمال سلطة الدولة فى العقاب ، خاصة وأن الدعوى الجنائية نشأت كرد فعل إزاء التعسف فى التجريم والعقاب ، وأن هذا التعسف ـ الناجم عن تمتع الحاكم بسلطات مطلقة ـ قد ولى وحل محله النظم الديمقراطية [٩].

لكل ما تقدم بدء التفكير فى إيجاد بدائل للدعوى الجنائية تتفق مع المضمون الجديد لسلطة الدولة فى العقاب ، خاصة وأن فكرة بدائل الدعوى الجنائية تستقيم مع فكرة التخلص من العقوبة التقليدية ، وعلى ذلك يمكن القول بأن هناك تعاصر حتمى بين بدائل العقوبة وبدائل الدعوى الجنائية [١٠].

ومما تقدم يتضح لنا الأساس العلمى لفكرة بدائل الدعوى الجنائية ، وإرتباطها الوثيق بأهداف السياسة الجنائية الحديثة . ولقد لاقى موضوع البدائل للدعوى الجنائية إهتماماً كبيراً من فقهاء القانون الجنائى فى العالم ، فعقدت الحلقة التحضيرية لدراسة هذا الموضوع فى طوكيو باليابان فى مارس سنة ١٩٨٣ وبناء على ١٨ تقريراً كتب الأستاذ / لويس كوس زيكونسكى تقريره المؤقت ضمنه إقتراحات بتوصيات للعرض على المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات الذى إنعقد بالقاهرة فى الفترة من ٧ أكتوبر ١٩٨٤.

وسنقوم بإستعراض سريع لأهداف بدائل الدعوى الجنائية وأهم تلك البدائل التى تحقق تلك الأهداف مبرزين دور المجنى عليه فى تحقيق تلك البدائل .

اهداف بدائل الدعوى الجنائية :

تحقق بدائل الدعوى الجنائية أهدافاً كثيرة تتفق كلها مع السياسة الجنائية الحديثة وأهم هذه الأهداف هى: ـ [١١]

١ـ أبعاد مرتكبى الجرائم ذات الخطورة الإجرامية الضئيلة عن جو المحاكم والسجون وإختلاطهم بمرتكب الجرائم الخطيرة والمعتادين عليها .

٢ـ تخفيف عبء القضاء الجنائى بإستبعاد الجرائم القليلة الأهمية لكى يتفرغ للقضايا

الأهم والأخطر ، وبالتالي لا تبدد جهوداً في أمور يسيرة يستحسن معالجتها خارج إطار الدعوى الجنائية خاصة بعد إزدياد حجم الدعاوى قليلة الأهمية - كالمخالفات والجنح البسيطة - أمام القضاء بطريقة أصبحت ملفتة للنظر يوماً بعد يوم لدرجة أن تلك الدعاوى تكاد تستنفذ وقت القضاء ولقد وصل الرول إلى عدة مئات بعد أن كان لا يتعدى المائة ، وهذا الوضع قد يخلق الخلافات بين القضاة والمحامين [١٢] . لذلك أصبح دور القاضي عسيرا أمام الكم الهائل من تلك القضايا في حين أنه في حاجة إلي وقت كاف للإطلاع علي العدد الزاخر من القوانين وتلك المجلدات الضخمة من الكتب القانونية وحضور الجلسات وفحص ملفات القضايا [١٣] .

٣- توفير الوقت والجهد والنفقات حيث أن عرض القضايا البسيطة على القضاء وعلى كثرتها ، فيها مضيعة للوقت ، وتبديد للجهد ، وإسراف في النفقات ، في حين أن هذه الدعاوى يمكن بل يحسن معالجتها خارج إطار الدعوى الجنائية .

٤- تعاون كافة قطاعات الدولة في مكافحة الإجرام إلى جانب القطاع الجنائي لتحقيق هذا الهدف حيث أن مكافحة الإجرام لم يعد قاصراً على القطاع الجنائي وحده .

٥- حماية المجني عليه حيث بدأ التركيز في الآونة الأخيرة على حماية المجني عليه وكان موضوع المجني عليه في الجريمة من الموضوعات التي أولت الأمم المتحدة إهتماماً خاصاً بها فجعلته من بين أعمال مؤتمرها السابع لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين ، الذي إنعقد سنة ١٩٨٥ فحماية المجني عليه قد تقتضي الإبتعاد عن مجال الدعوى الجنائية من خلال بدائل تكفل حماية فعالة له [١٤] .

٦- البحث عن أسباب النزاع وبذل الجهود للقضاء على مسبباته في المستقبل [١٥] .

ولقد قال الأستاذ / زيكونسكي (كندا) في الجلسة الأولى في المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات بأن الميزة الكبرى لبدائل الدعوى الجنائية أنها تبحث عن جذور النزاع حتى يمكن تجنبه في المستقبل ، بينما يبحث التقاضي عن العنصر المذنب ، كما أقترح بأن يتم تطبيق بدائل الدعوى الجنائية حيث لا يتطلب الصالح العام إجراء المحاكمة في محكمة جنائية ، ويكون الهدف هو البحث عن أسباب النزاع في قانون العقوبات وإزالة نفس الأسباب [١٦] .

٧- الإقلال من الجهد الذي تبذله الهيئات المكلفة بالبحث الجنائي .

٨ - تجنب قيد الواقعة في صحيفة الحالة الجنائية [١٧] .

ومن كل ما تقدم يبين بأن بدائل الدعوى الجنائية تحقق هدفاً من أهداف علم الإجرام [١٨] .

تقسيم بدائل الدعوى الجنائية :

إن تحقيق الأهداف السابقة لبدائل الدعوى الجنائية لا يقتصر على إيجاد بدائل الدعوى في نطاق قانون الإجراءات الجنائية وإنما يجب النظر بعين الإعتبار إلى القوانين الجنائية الموضوعية والإجراءات

على السواء فلكل قانون من هذه القوانين دوره في الوصول إلى الأهداف المبتغاة من بدائل الدعوى الجنائية وذلك على الوجه الآتي :

أولا : دور القوانين الموضوعية في تحقيق بدائل الدعوى الجنائية :

١ـ إستبعاد المخالفات من عداد الجرائم :

لقد ظهرت فكرة إستبعاد المخالفات من عداد الجرائم بعد أن أصيب قانون العقوبات بنوع من التضخم بما قرره من تجريم أفعال لا حصر لها ، رغم أنها لا تدل على نزعة إجرامية فالمخالفات لا تخرق بشكل جسيم المصالح الإجتماعية والفردية الأمر الذي يتعين معه الوقاية منها وعلاجها وفق إجراءات لا تنطوي على طابع جزائي بقدر ما تنطوي على معالجة ذات طابع إجتماعي ، كما أن المخالفات تعتبر مجرد خروج عن النظام أو عدم إطاعته ، وعلى رأس التشريعات التي أخرجت المخالفات من نطاق التجريم القانون اليوغسلافي ، والقانون الروسي [١٩] . ولقد قسمت بعض التشريعات الجرائم تقسيم ثنائي [٢٠] . وهذا التقسيم سيؤدي إلى إخراج طائفة كبيرة من أنماط السلوك المخالف للقانون من الخضوع لأحكام القوانين الجنائية ، وتعالج بإجراءات لا تنطوي على إثارة دعوى جنائية بشأنها ، وتخفف عبء القضاء . وفي المانيا الديمقراطية تستبعد الجرائم البسيطة من قانون العقوبات [٢١] .

ويترتب على إخراج المخالفات من عداد الجرائم كما قرره أستاذنا العميد / محمود محمود مصطفى التخفيف من أعباء السلطات القضائية بعدم نظر مثل هذه المخالفات ، فالإدارة هي التي تتولى متابعة المخالف والتحقيق معه ومحاكمته ومجازاته وتنفيذ الجزاء عليه [٢٢] .

٢ـ إلغاء بعض الجرائم :

فلقد أوصى مؤتمر لاهاي ١٩٦٤ بإلغاء جريمة الزنا إكتفاء بالجزاء المقرر في قانون الأحوال الشخصية ، وقد أخذ بهذه التوصية المشرع الفرنسي بمقتضى قانون ١١ يوليو سنة ١٩٧٥ الذي ألغى بالمواد ٣٣٦ـ٣٣٩ من قانون العقوبات الفرنسي كما عدلت المادة ٣١٧ من قانون العقوبات الفرنسي في سنتي ١٩٧٥ ، ١٩٧٩ بما يجيز الإجهاض لغير ضرورة صحية بشروط معيبة [٢٣].

٣ـ إلغاء بعض العقوبات :

هناك مطالبة متزايدة من أجل إلغاء عقوبات بعض الجرائم في عدة دول في غرب أوربا واسكندنافيا مثل مخالفات المرور والقذف والسب والسرقات البسيطة من المحال التجارية ، والسرقات الصغيرة والإمتناع عن دفع نفقة الطفل [٢٤].

٤ـ إستحداث بعض العقوبات :

لقد ظهر نظام خدمة المجتمع كبديل لبعض العقوبات قصيرة المدة في إنجلترا وأساس هذا النظام ما تضمنه تقرير لجنة Wootton عام ١٩٨٠ وهذا التقرير جاء خلاصة جهود اللجنة لإيجاد نظام بديل للعقوبات المقيدة للحرية ، وأثر ما تضمنه التقرير من توصيات صدر قانون العدالة الجنائية

الإنجليزى عام ١٩٨٢ ، وأصبحت خدمة المجتمع من بين الجزاءات الجديدة التى يحكم بها القاضى [٢٥].

والجزاءات المستحدثة لخدمة المجتمع لا توقع إلا على الجانحين البالغين ، ويشرط أن تكون مناسبة لمخالفات معينة وبموجب هذا النظام يتعهد من يوقع عليه الجزاء بقبول خدمة المجتمع ، وتتراوح مدة أداء الخدمة ما بين ٤٠ ساعة كحد أدنى ، ٢٤٠ ساعة كحد أقصى ، وينبغى أن تؤدى خلال ١٢ شهراً ولقد لاقى هذا النظام حماساً من البداية وإرتفع عدد من طبق عليهم من حوالى ١٠٠٠ فرد عام ١٩٧٤ إلى حوالى ١٤٠٠٠ فرد فى عام ١٩٧٨ [٢٦].

وبناء على توصيات لجنة شكلت عام ١٩٧٤ شكل وزير العدل الهولندى سنة ١٩٨٠ مجلساً خاصاً لوضع نظام تجريبى لخدمة المجتمع تطبقه عدد من المحاكم وبدأت التجربة إعتباراً من فبراير سنة ١٩٨١ وتقتصر فقط على الجانحين البالغين ثم إتضح أن التجربة مفيدة أيضاً بالنسبة للأحداث الجانحين [٢٧].

وكانت معظم أماكن العمل المختارة لمن فرضت عليهم جزاءات خدمة المجتمع تقع فى نفس الحى أو فى الأحياء القريبة كتأدية الخدمة فى النوادي ، أو المستشفيات ، أو في دور المسنين وأعمال الصيانة أو الإصلاح أو الدهانات ، أو العمل فى الخلاء مثل خدمة الحدائق ، أو الغابات ، وكانت السلطات تحرص أولاً على ترويض الجانح وتهذيبه وكسبه لصالح المجتمع [٢٨].

ومما تقدم يتبين كما قال دكتور/ چنچرتاس (هولندا) أن نظام خدمة المجتمع إجراء يقع فى نطاق معنى البديل الجنائى مع التدخل حيث أن للمدعى العام عن طريق الإتفاق ، أن يقرر مع المتهم الذى يعترف بفعله أن يقدم خدمة للمجتمع ، وعندما تتم هذه الخدمة المتفق عليها يقوم المدعى العام بشطب القضية ولا يلحق المتهم أى سجل جنائى ، وهذا الإجراء يعتبر بديل للدعوى الجنائية ، أما إذا كان المتهم لا يرغب في أداء خدمة المجتمع ـ وهذا من حقه ـ فتنظر القضية وتذهب إلى القضاء [٢٩].

وأخيراً لقد أبدت لجنة وزراء العدل الهولندية بالإستمرار فى العمل بنظام خدمة المجتمع وأشادت بنجاحه بنسبة ٩٠٪ وأرجعت هذا النجاح للتنظيم السليم في مرحلته التجريبية [٣٠].

ثانيا : دور القوانين الإجرائية فى تحقيق بدائل الدعوى الجنائية :

فى ضوء الأهداف السابقة تقوم القوانين الإجرائية بتحقيق بدائل الدعوى الجنائية وذلك على النحو التالى :ـ

١ـ شكوى المجنى عليه والتنازل عنها : الشكوى هى عمل قانونى يصدر من المجنى عليه بقصد تحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم التى يرى المشرع فيها إعطاء مصلحة المجنى عليه الأولوية والإعتبار، أما التنازل عن الشكوى فهو عمل قانونى يصدر من صاحب الحق فى الشكوى ويترتب عليه إنقضاء هذا الحق ولو كانت ميعاد إستعماله لا زال ممتداً [٣١].

وهناك جرائم حددها المشرع على سبيل الحصر لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية عنها إلا بناء على شكوى من المجنى عليه [٣٢] . كما أجاز المشرع لمن قدم الشكوى أن يتنازل عنها قبل صدور حكم بات فيها ويترتب على التنازل إنقضاء الدعوى الجنائية [٣٣].

وتكمن علة تعليق المشرع تحريك الدعوى الجنائية بشأن بعض الجرائم على شكوى المجنى عليه والتنازل عنها فى أن الأخير أقدر من النيابة العامة على تقدير ملائمة إتخاذ الإجراءات الجنائية ، وحتى يفسح المجال للجانى وأسرته فى إرضاء المجنى عليه للحيلولة دون تقديم هذه الشكوى خاصة وأن تلك الجرائم غالباً ما تنشب بين أبناء الأسرة الواحدة أو من تربطهم أواصر الجيرة ، أو لكونها تنطوى على خطورة ضئيلة لا يستحسن معها تأزيم الأمور إلى حد رفع الدعوى بشأنها ، كما أن المشرع أجاز التنازل عن الشكوى بعد تقديمها تشجيعاً منه إلى سلوك سبيل آخر غير الإستمرار فى الدعوى الجنائية ، وعلى ذلك فإن الشكوى والتنازل عنها يعتبران وجهان لعملة واحدة هى بدائل الدعوى الجنائية [٣٤].

ولقد أوصى مؤتمر العدالة الأول بالنص على إنقضاء الدعوى الجنائية بتنازل المجنى عليه أو ورثته فى المخالفات وبعض الجنح مثل الضرب ، والإصابة الخطأ ، أو التبديد والإتلاف . وهذا يدل دلالة واضحة على أن بدائل الدعوى الجنائية أصبحت مطلب لا مناص منه . لذلك نناشد المشرع المصرى بضرورة توسيع نطاق الجرائم المعلق تحريكها على شكوى المجنى عليه وإعطاء الحق فى التنازل عنها لجميع الورثة بعد وفاة المجنى عليه مقدم الشكوى .

٢- الطلب والتنازل عنه : يقصد بالطلب - إصطلاحاً - ما يصدر عن أحدى هيئات الدولة سواء بوصفتها مجنياً عليها فى جريمة أضرت بصلحتها أو بوصفتها ممثلة لمصلحة أخرى أصابها الإعتداء [٣٥] وتتقيد حرية النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية بتقديم طلب من الهيئة المجنى عليها فى بعض الجرائم محددة على سبيل الحصر ورد فى قانون الإجراءات الجنائية وفى بعض القوانين الخاصة [٣٦] ولمن قدم الطلب أن يتنازل عنه كتابة (المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية).

ويمثل الطلب والتنازل عنه بديل من بدائل الدعوى الجنائية ، كالشكوى والتنازل عنها مع إختلاف بينهما فى أن المجنى عليه شخص خاص فى الشكوى بينما هو شخص عام فى الطلب.

٣- الدية فى الشريعة الإسلامية : الدية كما عرفها فقهاء الشريعة مال مؤدى فى مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس [٣٧] ، ويتحمل عبء الدية الجانى فى حالة العمد أما فى غير العمد فعائلته هى التى تتحمل مقدارها ويرجع ذلك إلى فكرة تضامن جميع أفراد القبيلة أو الأسرة فى المسائل الجنائية وينتفع بالدية فى حالة القتيل من لهم حق طلب القصاص ، وهم ورثة القيتيل أما فى حالة

الجروح أو قطع الأعضاء فالمنتفع بالدية هو المجنى عليه أو وليه إذا كان لا يزال قاصراً (٣٨).

وإذا قام المجنى عليه أو عائلته بأداء الدية للمجنى عليه أو ورثته " ولى الدم " إنقضى حق الأخير فى طلب القصاص وبالتالى يمكن القول بأن الدية هى بديل عن طلب القصاص وذلك فى لغة الشريعة الإسلامية الغراء ، أما فى لغة القانون الوضعى فالدية تعتبر بديلاً عن الدعوى الجنائية فى جرائم القصاص (٣٩) .

٤ ـ *الصلح الجنائى* : يهدف نظام الصلح إلى جعل الإجراءات أكثر تبسيطاً وإختصاراً بالنسبة للمخالفات قليلة الأهمية ، وعدم إرهاق القضاء وأجهزة العدالة والمخالفين أنفسهم بإجراءات طويلة ، فلقد أوصى المؤتمر العربى الثامن للدفاع الإجتماعى (٤٠) بتبسيط الإجراءات والمصطلحات الجنائية وتقريب القضاء من المواطنين وإستخدام الإجراءات المختصرة لتخفيف العبء عن القضاء .

ولقد أجازت معظم التشريعات نظام الصلح الجنائى فى بعض الجرائم وخاصة البسيطة منها . فالقانون المصرى أجاز نظام الصلح الجنائى فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية حيث أجاز لوزير المالية الصلح فى الجرائم الضريبية المنصوص عليه فى هذا القانون ، كذلك أجاز القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، بشأن الجمارك فى المادة ١٢٤ للمدير العام للجمارك أو من يندبه ، أن يجرى التصالح أثناء نظر الدعوى أو بعد الحكم فيها حسب الأحوال كما أجاز القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون ضريبة الدمغة لوزير المالية أو من ينيبه حتى تاريخ رفع الدعوى الجنائية الصلح مع الممول ، كما أجاز القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى ، والمعدل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ فى مادته ١٩٤ـ ١٩٨ للوزير المختص فى حالة تقديم الطلب أو فى حالة تنازله عنه إلى ما قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى ، أن يصدر قراراً بالتصالح .

والصلح بوصفه بديل عن الإستمرار فى مباشرة الدعوى يجب أن يكون مقتصراً على الجرائم التى لا تنطوى على خطورة إجتماعية ويغلب فيها الجانب الشخصى للحق المعتدى عليه دون الجانب الإجتماعى .

ولقد أوصت الندوة العلمية التى أقامها المركز القومى للبحوث الإجتماعية والجنائية بجمهورية العراق (٤١) على أن تستحدث بدائل جديدة للدعوى الجزائية ، وإسناد حسم بعض الدعاوى الخاصة بالجرائم ذات الخطورة الإجتماعية الضئيلة بالمنظمات الجماهيرية والمهنية على أن تخضع قراراتها إلى الطعن أمام القضاء والتوسع فى قبول الصلح والتنازل والصفح فى الجرائم البسيطة ، وجانب من جرائم الخطأ .

٥ ـ *الأمر الجنائى* : لقد أخذت معظم التشريعات بنظام الأمر الجنائى كالقانون المصرى (المواد من ٣٢٣ـ ٣٣٠) من

من قانون الإجراءات والقانون الألمانى (المواد من ٤٠٧ ـ ٤١٢ من قانون الإجراءات) والقانون الإيطالى (المواد من ٥٠٦ ـ ٥١٠ من قانون الإجراءات) ، ويعتبر الأمر الجنائى نوع من أنواع الصلح وكثير من التشريعات تجعل من الصلح والأمر الجنائى نظاماً واحداً (٤٢).

ولنظام الأمر الجنائى مزايا كثيرة ، أهمها تبسيط إجراءات الدعوى وسرعة الفصل فيها خاصة فى الدعاوى قليلة الأهمية . وقد يتساؤل البعض عن مدى إتفاق هذا النظام مع مبدأ لا عقوبة بغير خصومة ؟ ويمكن القول بأن نظام الأمر الجنائى لا يصبح نهائياً إلا إذا أخطر به المتهم على وجه رسمى ، ولم يعترض عليه (٤٣) فإذا ما إعترض عليه يسقط الأمر ويعتبر كأن لم يكن (المادة ٢/٣٢٧ إجراءات مصرى).

ويعتبر الأمر الجنائى بديل هام من بدائل الدعوى الجنائية خاصة إذا وسع المشرع من نطاقه (٤٤) ولقد أوصى مؤتمر العدالة الأول بالتوسع فى الأوامر الجنائية وذلك برفع الحد الأقصى للغرامة التى يجوز توقيعها من القاضى أو النيابة العامة مع تخويل وكيل النيابة حق إصدارها (٤٥).

٦ـ عدم رفع الدعوى الجنائية بناء على إعتبارات الملائمة : فلقد أخذ المشرع المصرى بمبدأ الملائمة فى رفع الدعوى الجنائية وذلك فى المادة ٦١ إجراءات والتى تنص على " إذا رأت النيابة العامة أن لا محل للسير فى الدعوى تأمر بحفظ الأوراق".

ويلاحظ أنه ليس هناك تناقض بين مبدأ الملائمة وبين واجب الدولة فى العقاب فممارسة هذا الواجب لا يعنى توقيع العقاب على كل من يرتكب جريمة وإنما يجب تفريد هذا العقاب وفقاً للشخصية الإجرامية للجانى وهذا التفريد بالضرورة يجب أن يقابله فى مرحلة الإتهام تفريد إجرائى مماثل يستبعد بعض المتهمين عن مخاطر المحاكمة إذا دعت لذلك إعتبارات الصالح العام (٤٦).

يتبين مما سبق أن هناك إرتباط وثيق بين تطور مضمون سلطة الدولة فى العقاب ، وبدائل الدعوى الجنائية ، ولقد وصل هذا الإرتباط إلى حد إرتباط السبب بالنتيجة ، أو كما قال أستاذنا العميد الدكتور / أحمد فتحى سرور فى المقال المقدم للمؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات أن تطور مضمون سلطة الدولة فى العقاب قد وجد فى الصيغة الإجرائية لهذه البدائل وعاء يحقق فيه آفاقة المستقبلية .

كما تبين لنا بجلاء الدور الذى يلعبه المجنى عليه فى تحقيق بدائل الدعوى الجنائية ، خاصة بالنسبة للشكوى ، والتنازل عنها ، والطلب ، والتنازل عنه ، والصلح الجنائى ، والدية فى الشريعة الإسلامية ، وهذا ما سيكون محلاً للبحث فيما بعد إن شاء الله .

(١) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " الشرعية والإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ ص ١٤.

(٢) Tullio Delogon, la lor penal et son application cours de do ctorat 1956 p. 172 .

(٣) أنظر دكتور : ضارى خليل محمود " بدائل الدعوى الجنائية " بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات المنعقد بالقاهرة سنة ٨٤ ص ٢ .

(٤) ثار نقاش فى الفقه حول الطبيعة القانونية لسلطة العقاب ، فهناك رأى يضفى على هذه السلطة وصف الحق الشخصى للدولة، وهناك رأى آخر يرى فى هذا الوصف إستعارة من القانون الخاص لا تتفق مع طبيعة القانون العام ، خاصة وأن من مستلزمات الحق الشخصى أنه يتجه إلى تحقيق مصلحة شخصية ، أما الدولة فهى تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة . أنظر بشىء من التفصيل دكتور أحمد فتحى سرور " نظرية البطلان " المرجع السابق ص ٢٣، دكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفى " حق الدولة فى العقاب " ١٩٧١ ص ٣٧ ، دكتور محمد عوض الأحول " إنقضاء سلطة العقاب بالتقادم " ـ رسالة دكتوراة القاهرة سنة ١٩٦٤ ص ٧٠ .

(٥) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " الحماية الجنائية للحق فى الحياة الخاصة " دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٦ ص ٨٤ ، ٨٥.

(٦) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " الشرعية والإجراءات الجنائية " المرجع السابق ص ١٧ ، ١٨.

(٧) أنظر فى عرض هذه المشكلة دكتورة : فوزية عبد الستار " المبادىء العامة فى علم العقاب " سنة ١٩٨٢ ص ٣٠ ، ٣١.

(٨) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية " مجلة القانون والإقتصاد ـ العدد الخاص بالعيد المئوى لكلية الحقوق سنة ١٩٨٣ ص ٤١٦ .

(٩) أنظر دكتور : ضارى خليل محمود ، المرجع السابق ، ص ٢.

(١٠) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور ، بدائل الدعوى الجنائية ، تقرير مقدم للمؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات ـ مطبوعات الجمعية المصرية للقانون الجنائى ، القاهرة ١٩٨٤ ص ٢٠٨ ، ص ٢٠٩.

(١١) أنظر التقرير العام والقرارت الصادرة من الندوة الدولية لقانون العقوبات التى عقدت فى طوكيو باليابان وذلك فى الفترة من ١٤ـ ١٦ مارس سنة ١٩٨٣ REVWE INTERNETION DE DIOT PENAL 1983 VOL 54 P.909 __910.

(١٢) فالقاضى يرى أمامه رول طويل مربك ويريد أن ينجزه ومن ناحية أخرى فإن المحامى لدية رغبة حارة فى إرضاء ضميره وذلك بعرض وقائع القضية وأسانيد دفاعه بالتفصيل ـ أنظر حضرة المستشار الكبير : محمد مختار عبد الله ، المحاماة فى نظر القاضى ، محاضرة القيت على المحامين تحت التمرين بقاعة محكمة الإستئناف . مجلة المحاماة ، السنة الثالثة والثلاثون ص ٥٥١.

(١٣) ولقد نادى بعض الفقهاء بإنشاء أمانة فنية فى كل محكمة لتحضير الجانب القانونى فى الدعوى فتضع أمام القضاة نصوص القوانين وأحكام القضاء وتكون تحت تصرفهم فى إجراء الدراسات التى يتطلبها الفصل فى الدعوى : أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور ، الشريعة والإجراءات الجنائية المرجع السابق ص ١٨٣.

(١٤) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور ، التقرير سابق الإشارة إليه ، المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات .

(١٥) أنظر التقرير العام لندوة طوكيو.

(١٦) أنظر ملخص الجلسة الأولى للقسم الثالث : بدائل الدعوى الجنائية ، والصادرة عن المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات وعقدت تلك الجلسة بيوم الثلاثاء ٢ أكتوبر سنة ١٩٨٤ برئاسة الأستاذ / هيرانو (اليابان) .

(١٧) أنظر التقرير العام لندوة طوكيو .Rev -ántr - dr pen' opat P. 909

(١٨) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور ، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣ ص ٦٥.

(١٩) ولقد إنتقد هذا الإتجاه من بعض الفقهاء . أنظر دكتور : محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ـ الجرائم المضرة بالمصلحة العامة لعام ١٩٧٠ ص٦

(٢٠) لقد أكد المشرع العراقى فى قانون إصلاح النظام القانونى فى الفصل الخاص بالتشريعات الجزائية على أن المخالفات إنما هى أفعال تعكس مواقف سلبية إزاء

الضبط وتضع العراقيل نشاط السلطة العامة أو تعيق تطور الحياة الإجتماعية إلا إنها لا تخرق بشكل ملموس مصالح المجتمع أو المواطنين الأمر الذى يتعين معه علاجها وفق إجراءات ملائمة لا تأخذ شكل دعوى جزائية إنما تقوم على أساليب تعتمد على اللجوء إلى التثقيف والتنبيه وفرض تدابير ذات طبيعة جزائية وذلك بغية مساعدة مرتكبها على نبذ نواقصهم وتنمية روح الضبط الواعى لديهم وإحترام القوانين والأنظمة (٢١) أنظر قانون إصلاح النظام القانونى رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ دار الحرية للطباعة ـ بغداد ١٩٧٧ ص٧٠، ٧٦.

(٢٢) أنظر دكتور / محمود محمود مصطفى ، مقال عن إخراج المخالفات من قانون العقوبات ـ مجلة الشرق الأدنى بيروت سنة ١٩٦٧ وأيضاً تقرير سيادته عن موضوعات المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات الصادر عن الجمعية المصرية للقانون الجنائى بخصوص التقارير المقدمة للمؤتمر سنة ٨٤ص٢٦.

(٢٣) أنظر دكتور : محمود محمود مصطفى التقرير العام عن موضوعات المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ١ـ٧ أكتوبر سنة ٨٤ ص٢٧ من الكتاب الصادر عن الجمعية المصرية للقانون الجنائى عن التقارير المقدمة من الجمعية للمؤتمر مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤.

(٢٤) أنظر الدراسات المقدمة إلى مؤتمر الأمم المتحدة الخامس لمنع الجريمة والذى إنعقد بجنيف فى سبتمبر ١٩٧٥ ، المجلة العربية للدفاع الإجتماعى العدد ـ السادس سنة ١٩٧٧ ص ٦٥.

(٢٥) Dr josine junjer . tas the dutch ex periments wrth com-munity seruce, ministry of justce the hajue. uetherlands 1984 p.3.

(٢٦) أنظر النشرة الإحصائية لوزارة الداخلية فى بريطانيا فى مارس سنة ١٩٨٠.

(٢٧) Dr. josine junjer __ tes opit p.4-5.

(٢٨) op cit p. ١٥ .

(٢٩) أنظر ملخص الجلسة الأولى للقسم الثالث (بدائل الدعوى الجنائية) المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات ص ٤.

(٣٠) Dr josine junje. tas, opcit p. ٣٣

(٣١) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص ٦٧٤ ، ٦٨٨ .

(٣٢) المادة /١/٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى ، المادة ٣ من أصول المحاكمات الجزائية العراقى ، المادة ١٤ من قانون الإجراءات اليمنى.

(٣٣) المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى ، المادة ١٨ من قانون الإجراءات الجزائية اليمنى ، الفقرة ج من المادة ٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقى .

(٣٤) أنظر البحث المقدم منا لمؤتمر العدالة الأول ، بعنوان تبسيط الإجراءات أمام القضاء الجنائى ص ٨، ٩.

(٣٥) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ص ٦٩٢.

(٣٦) أنظر المادة ٨.٩ من قانون الإجراءات الجنائية ، المادة ١٨١ ، ١٨٣ من قانون العقوبات والمادة ٧٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤس الأموال المنقولة وعلى الزرباح التجارية وغير التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، والمادة ٢/١٤ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن التعامل بالنقد الأجنبى ، والمادة ١٢٤ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك .

(٣٧) المبسوط للسرخس الجزء السادس والعشرون ص ٥٩، أبن عابدين الدار المختار الجزء الخامس ص ٣٧٩.

(٣٨) أنظر دكتور : علي صادق أبو هيف المرجع السابق ص٥٥ ، ٥٨.

(٣٩) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، التقرير سابق الإشارة إليه ، المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات ص ٢١٧.

(٤٠) أنعقد هذا المؤتمر فى الرباط فى الفترة من ١٤ـ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ والتوصيات التى صدرت منشورة بمجلة نقابة المحامين التى تصدرها نقابة المحامين بالأردن ، الملحق رقم ٢ كانون الثانى ١٩٧٨ ص ٢٧٤.

(٤١) أنعقد هذه الندوة فى الفترة من ٨ـ ٩ أيلول عام ١٩٨٥ حول العقوبة قصيرة المدة وبدائلها . مجلة البحوث الإجتماعية والجنائية يصدرها المركز القومى للبحوث الإجتماعية والجنائية وزارة العمل والشئون الإجتماعية بالجمهورية العراقية العدد الأول ـ السنة الثالثة عشر ١٩٨٦ ص ٣٦٧.

(٤٢) أنظر دكتور : توفيق محمد الشاوى ، التعديلات التشريعية فى قانون الإجراءات الجنائية ، مجلة القانون والرقتصاد العددان الأول والثانى السنة الثالثة والعشرون مارس ١٩٥٣ ص ١١١.

(٤٣) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق ص ١١٣٦.

(٤٤) أنظر بحثنا سابق الإشارة إليه ص١٢.

(٤٥) فى الوضع الراهن يشترط القانون أن يكون مصدر الأمر وكيلاً للنيابة من الفئة الممتازة .

(٤٦) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور ، التقرير سابق الإشارة إليه ، المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات ص ٢٢٠.

ميراث الأخوة للأم
تأصيلاً وتفصيلاً مع ذكر الأدلة والتمثيل لكل حالة

للسيد الأستاذ
عبد المعز أحمد حسن عامر
المحامى

مع إلحاح الأخوة والزملاء والأساتذة الأفاضل حول إستكمال سلسلة حالات الميراث بالتفصيل لكل حالة على حده مع إيضاح جمال الأدلة النابعة من شريعتنا الغراء وتحليلاتها المقنعة .

ولا شك أيها الزميل أن إبراز جمال الشريعة الإسلامية وعدالة الحق تبارك وتعالى فى تحديد أنصبة كل وارث فى كتابة الكريم الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه .. هو ضرب من ضروب الدعوة الإسلامية ويدخل تحت قوله تعالى " أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة" فالذى يكتب والذى يساعد على النشر والذى يساعد على الإيضاح .

كل هؤلاء جميعاً يدعون إلى سبيل ربهم بالحق والموعظة الحسنة ، وكلنا مأمورون بالدعوة فعل الأمر فى قوله تعالى " أدع " فأدع فعل أمر وكل أمر للوجوب ما لم يكن هناك صارف ولم يكن هناك صارف ولذلك فنحن كلنا مأمورون بنشر جمال الشريعة الغراء وما من شك أيها الزميل أن الميراث هو العلم الوحيد الذى سرعان ما ينسى من الذهن فقد قال عنه رسول الله (ﷺ) هو نصف العلم وهو أول علم ينزع من أمتى .

وكذلك نلاحظ ملاحظة هامة أن توزيع الأنصبة للورثة تولى الحق تبارك توزيعها لكل وارث على حدة فى القرآن الكريم فالله سبحانه وتعالى أوضحها إيضاحاً شافياً بحيث إنها لا تقبل التأويل ولا التخصيص ولا النسخ وكذلك نلاحظ أن الله تعالى لم يترك توزيع الميراث على الورثة لملك ولا لنبى ولا لرسول ولا أبى أى بشر وذلك للأهمية التى أعطاها للميراث .

عن أى جانب آخر فهناك العبادات جاءت أدلتها إجمالية والرسول (ﷺ) أوضحها فحينما فرضت الصلاة فصلى رسول الله (ﷺ) وقال صلوا كما رأيتمونى أصلى وكذلك باقى العبادات .

أما الميراث فحدده الحق تبارك بنفسه وأوضح نصيب كل وارث بالعدد الحسابى قال نصف والربع والثمن والثلث والثلثين والسدس ومثل حظ إثنين .

وذلك لأن الله تبارك وتعالى لو تركها لغيره لرجح تدخل المحاباة والمحسوبيات وهنا تحدث الضغائن والكراهية بين أفراد المجتمع الإسلامى لأن النفس بطبيعتها تميل إلى حب المال فبينما يتجلى الحق تبارك بإيضاح كل وارث فهنا تقف النفس مؤدبة مهذبة منفذة لحدود

الله ينام صاحبها هادئاً لأن كل فرد عرف كل حقه .

أيها الزميل كنا قد تحدثنا عن ميراث الأم والجدان فى العدد رقم نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٩٠ ص ٧٤ ووعدنا بأن نتحدث عن الأخوة لأم والأخوة والأخوات لأم.

كان العرب يسمونهم أولاد الأخياف ، وذلك لإختلاف الآباء حيث أن الأم واحدة ولكن الأباء مختلفة كأن تتزوج المرأة مرتين فتنجب من الأول أولاداً ثم تتزوج مرة آخرى فتنجب من الثانى أولاداً ، فأولادها من الزوج الأول وأولادها من الزوج الثانى هم أخوة لأم .

فإذا مات أحد أولادها من الزوج الأول أو الزوج الثانى فالأخوة لأم هنا كلهم يرثون وهم هنا أصحاب فروض وليسوا عصبيات . ولنا أن نلاحظ شيئاً هاماً هنا فى ميراث الأخوة وهو:-

(١) إيضاح مكانة الأم فى الإسلام وكيف قدرها الإسلام إلى هذا الحد وكيف أنها تربط الأولاد رباطاً وثيقاً أقوى من الأب أحياناً كما سترى وهذا إنتصار للأمومة وفضلها فى شريعتنا الغراء.

(٢) نلاحظ أيضاً أنه لا فرق بين الأخ لأم والأخت لأم فهما متساويان فى الميراث وتوقف قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين أى مثل حظ الإنثنين ، أى أن الأخت لأم ترث تماماً كالأخ لأم فالنصيب واحد لا فرق بين ذكر وأنثى بخلاف الأخوة الأشقاء أو الأخوة لأب ، تنطبق عليهم قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين .

الحالات مع شرح

الادلة والامثلة

الحالة الاولى:

سدس التركة للواحد أو الواحدة أخاً كان أو أخت بشرط عدم وجود الأصل الوارث وهو الأب وإن علا كأب الأب وأب أب أب .. إلخ .

والفرع الوارث كالإبن وإبن الإبن وإبن إبن وإن نزل والبنت وبنت الإبن .

الامثلة:

(١) توفى وترك ١٢ فداناً وترك ورثة هم جد ـ أخ لأم ـ أم ...

الأخ لأم محجوب بالأصل الوارث وهو الجد وتبقى التركة بين الأم والجد ،

نصيب الأم $\frac{1}{3}$ التركة

=١٢ ÷٣ = ٤

الباقى للجد وهو

= ١٢ - ٤ = ٨ تعصيباً.

(٢) توفى وترك ١٢ فداناً وترك ورثة هم : أب ـ أم ـ أخ لأم ـ أخت لأم ـ أم أم .

الأب يحجب الأخ لأم والأخت لأم ... الأم تحجب أم أم القربى تحجب البعدى نصيب الأم $\frac{1}{6}$ التركة لوجود الأخ والأخت لأم ، وهو تعدد الأخوة وارثين أم محجوبين فهم يؤثرون على الأم

= ١٢ ÷ ٦ = ٢

الباقى وهو الأب تعصيباً

=١٢ - ٢ =١٠.

(٣) توفى وترك ٩ أفدنة وترك ورثة هم إبن ـ أخ لأم ،

الأخ لأم محجوب بالإبن وهو الفرع الوارث ويأخذ الإبن التركة كلها.

(٤) توفى وترك ٦ أفدنة وترك ورثة هم : بنت ـ أم ـ عم ـ أخ لأم .

البنت تحجب الأخوة لأم والتوزيع كالآتى :

البنت = ٦ ÷ ٢ = ٣

الأم السدس = ٦ ÷ ٦ = ١

أصحاب الفروض = ٣+١ =٤

الباقى للعم = ٦ - ٤ = ٢

(٥) توفى وترك ١٨ فداناً وترك ورثة هم : بنتين ـ أخ لأم ـ أخت لأم ـ أخ شقيق ـ

الأخ لأم ، والأخت لأم محجوبان ببنت الإبن ويكون التوزيع كالآتى :

بنت إبن $\frac{1}{2}$ التركة

= ١٨ ÷ ٢= ٩

الباقى للأخ الشقيق

ع = ١٨ - ٩ = ٩

وهكذا ترى أن الأصل الوارث والفرع الوارث والبنت وبنت الإبن يحجبون الأخوة لأم حجب حرمان .

(٦) توفى وترك ١٨ فداناً وترك ورثة هم : أخت لأم ـ أخ شقيق وأخت شقيقة .

الأخت لأم $\frac{1}{6}$ التركة

= ١٨ ÷ ٦ = ٣

الباقى = ١٨ - ٣ = ١٥

الأخ الشقيق = ١٠ والأخت ش = ٥ للذكر مثل حظ الأنثيين ولو كان مكان الأخت أخ لأم فالمسألة كما هى :

الحالة الثانية :

ثلث التركة :

عند تعدد الأخوة لأم وإنعدام الأصل الوارث والفرع الوارث والبنت وبنت الإبن .

الأمثلة :

(١) توفى وترك ٦ أفدنة وترك ورثة هم : أخ لأم ـ أخت لأم ـ أخ شقيق ـ أختين شقيقتين ، الأخوة لأم هنا لهم ثلث التركة = ٦ ÷ ٣ = ٢

الأخ لأم ١

الأخت لأم ١

نصيب الأخ لأم كالأخت لأم تماماً ، لا فرق بين ذكر وأنثى

والباقى :

٦ - ٢ = ٤

الأخ الشقيق = ٢

والأختين = ٢

وهنا نطبق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين مع الأخوة الأشقاء.

(٢) توفى وترك ١٢ فداناً وترك ورثة هم : أختين لأم ـ أخوين لأم ـ أخ لأب ـ وأختين لأب .

الأختين لأم والأخوين لأم $\frac{1}{3}$ التركة = ١٢ ÷ ٣ = ٢

والأربعة توزع على كل واحد منهم فدان للذكر وفدان للأنثى لا فرق بين ذكر وأنثى

الباقى = ١٢ - ٤ = ٨

الأخ لأب ٤

والأختين لأب ٤

(للذكر مثل حظ الأنثيين) .

(٣) توفى وترك ١٨ فداناً وترك ورثة هم : أخ لأم ـ أخت لأم ـ أخت ش ـ أم ـ أخ لأب .

الأخ لأم والأخت لأم $\frac{1}{3}$ التركة

= ١٨ ÷ ٣ = ٦

الأخ لأم ٣

والأخت لأم ٣

الأم $\frac{1}{6}$ التركة لتعدد الأخوة

= ١٨ ÷ ٦ = ٣

الأخت ش صاحبة فرض هنا $\frac{1}{2}$ التركة .

= ١٨ ÷ ٢ = ٩

جملة أصحاب الفروض

= ٦ + ٣ + ٩ = ١٨

والباقى للأخ لأب ع والباقى لا باق له لإستفراق التركة ، وأنظر هنا إنتصار الأمومة على الأبوة ، فالأخوة لأم ورثوا الثلث والأخ لأب لم يبق له شيئاً فى التركة . هذا هو فضل الشريعة الغراء ، الإعتزاز بالأمومة ورابطتها القوية التى هى هنا أقوى من الأب .

الادلة وشرحها

الدليل الأول :

يقول الله تعالى فى كتابه الكريم (وإن كان رجل يورث كلالة أو إمرأة ، وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث) صدق الله العظيم هذه الأية فيها مباحث أصولية وجميلة من عدة وجوه هى :

(١) ما معنى الكلالة ؟

(٢) ما المقصود بقوله تعالى (وله أخ أو أخت) هل هم مطلق الأخوة أم هم الأخوة لأم ؟

(٣) ما معنى قوله تعالى (شركاء فى الثلث) .

اولاً :

الكلالة فى اللغة هى الشخص الذى يموت ولا والد له ولا ولد بمعنى أنه ليس له أصل وارث ، وإن علا ، أو فرع ، وارث وإن نزل ، والبنت بإعتبار إن القرآن جعلها ولد وبنت الإبن ويعنى أن الورثة هنا وهم الآخوة لأم أو الأشقاء أو لأب الذين يرثون الميت وليس له أصل وارث أو فرع وارث يكون ميراثهم عن طريق الكلالة أما الشقيق أو الأب فيكون عاصب.

وقد وردت الكلالة فى لغة العرب بهذا المعنى وهى من لا والد له ولا ولد فيقول الفرزدق وهو شعر شاعر محل مادحاً من فحول الشعراء .

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة عن إبن مناف عبد شمس وهاشم

فهو يقول لمادحه إن الملك جاء عن طريق أجدادك وأبائك وهم إبن مناف وعبد شمس وهاشم ولم يأتك الملك كلالة عن طريق الأخوة لأم .

لقد فسر النبى (ﷺ) الكلالة بمن مات وليس له والد ولا ولد وفسرها سيدنا أبو بكر حيث قال حينما سئل عن الكلالة أقول فيها وهى من لا والد له ولا ولد وبها قال سيدنا عمرو إبن عباس وسيدنا على منظم الصحابة .

وبهذا نكون قد عرفنا الكلالة وهى الشخص الذى يموت وليس له أصل وارث وإن علا أو ولد وهو الفرع الوارث وإن نزل .

ثانياً :

ما المقصود بالأخ والأخت فى الآية : هل هم أى أخوة (أشقاء ؟ أم لأم ؟ أم لأب ؟)

هل هى هنا مطلقة تعنى أى

أخوة من أى أخوة من أى نوع أم هى المراد منها الأخوة لأم ؟

نعم يأخى المراد منها هم الأخوة لأم وإليك الدليل الذى يقيد المطلق فليس فى الآية إطلاق بل هناك قيود تجعلنا نجزم أن المراد بالأخ والأخت هنا هم الأخوة لأم وهو :

(١) أن آية الكلالة الكريمة الأخرى التى جاءت فى آخر سورة النساء ، وتسمى بآية الشتاء وهى تقول (يستفتونك ، قل الله يفتيكم فى الكلالة ، إن امروء هلك ، ليس له ولد ، وله أخت ، فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، فإن كانتا إثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا أخوة رجالاً ونساءً ، فللذكر مثل حظ الأنثيين) صدق الله العظيم .

فهذه الأية وهى آية الشتاء حددت لنا الأخوة الأشقاء والأخوة لأب ، لأن المعروف أن الشقيقة لها نصف التركة والأختين لهما الثلثان ، وإن كان هناك أخوة ذكور أو إناث نطبق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين إذن هذه الآية نصت على ميراث الكلالة بالنسبة للأخوة والأخوات الشقيقات أو لأب وكذلك أوضحت لنا الكلالة وهى من لا والد له ولا ولد ومادامت هذه الآية قد نصت على الأخوة الأشقاء أو لأب فهذا يعد قيداً على الأخوة لأم التى وردت فى آية الصيف وهى (وإن كان رجل يورث كلالة أو إمرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كان أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث) هذه تسمى آية الصيف .

فآية الشتاء نصت على الأخوة الأشقاء أو لأب فهذا قيد على آية الصيف وجعلها تكون للأخوة لأم ، لإنه ليس هناك إخوة سوى الإخوة لأم لأن الله سبحانه وتعالى نص على الإخوة الأشقاء أو لأب فى آية الشتاء ليفهم مباشرة أن الأخوة المعنيون فى آية الصيف هم الأخوة لأم .

علاوة على أن الآية حددت السدس للذكر والسدس للأنثى ولا يكون ذلك إلا مع الأخوة لأم بعد أن عرفنا أن المراد من الأخوة هم الأخوة لأم ، فهناك دليل قوى أيضاً وهى القراءات المعتمدة فى القرآن الكريم .

فقد قرأ بعض السلف وهو سيدنا سعد بن أبى وقاص فكان يقرأ (وإن كان يورث كلالة أو إمرأة وله أخ أو أخت لأم) فكلمة لأم كان يقرأها سيدنا سعد وهى قرأة معتمدة ضمن القراءات فذكر القيد فى القراءة ولو أنها لا تحتاج إلى قيد فهى مفهومة وهى بلاغة القرآن الكريم (فى الحذف فى البلاغة) ونحن نعلم أن خصائص القرآن الكريم هى بلاغته ، وحلاوته ، وبيانه ووضوحه .

٣ـ ما معنى قوله تعالى (وشركاء فى الثلث).

وهذا الجزء من الآية يدلنا على أنه إذا كان هناك أخوين لأم أو ثلاثة أو أربعة فمهما كثروا فهم جميعاً ليس لهم إلا ثلث التركة فقط .

وهنا يقول قائل ما المانع من أن نوزع للذكر مثل حظ الإنثيين فهى تدخل ضمن الشركة لأن الشركة قد يكون هناك نصيب أكبر من الآخر وتسمى شركة .

نرد عليه بأن الشركة إذا أطلقت تقتضى المساواة علاوة على أن الله تعالى حدد للذكر السدس والأنثى السدس فى الآية فى قوله تعالى (فلكل واحد منها السدس) صدق الله العظيم ، بعد قوله تعالى أخ أو أخت فلم يفرق بين الأخ وبين الأخت معنى ذلك لابد أن تكون كلمة (شركاء) تعنى الآتى : أنه لا فرق بين الذكر والأنثى فى الأنصباء علاوة على ذلك فإن كلمة (أكثر من ذلك) مهما كان العدد ذكوراً أم إناثاً أو خليط بين الإناث والذكور فلهم الثلث فقط وإليك مثالاً على ذلك .

توفى وترك ١٢ فداناً وله ورثة هم : أخوين لأم ـ وأختين لأم ـ أم ـ أخ لأب ـ أختين لأب .

نصيب الأخوة لأم

= ١٢ ÷ ٣ = ٤

هذه الأربعة توزع بواقع فدان لكل منهم لا فرق بين ذكر وأنثى عملاً بقوله تعالى (إن كانوا أكثر فهم شركاء فى الثلث) صدق الله العظيم

نصيب الأم =١٢ ÷ ٦ =٢

مجموع أصحاب الفروض

= ٤ + ٢ = ٦

الباقى بعد أصحاب الفروض

= ١٢ - ٦ = ٦

توزع للذكر مثل حظ الأنثيين الأخ ٣ وكل أخت لأب ١،٥ هكذا يكون التفسير الصحيح مع الأمثلة .

الحالة الثالثة :

وهى المسألة الحجرية / أو الحمارية / أو المشتركة، وصورتها كالآتى :

هند تزوجت من زيد وأنجبت منه ليلى وعائشة وأحمد ، ثم مات زيد وتزوجت هند من إبراهيم فأنجبت منه محمود وكوثر . تزوجت ليلى من خالد ثم ماتت ليلى وتركت ١٢ فداناً فتكون ليلى قد تركت :

هند (أم) أحمد (أخ ش) عائشة (أخت ش) ـ محمود (أخ لأم) كوثر(أخت لأم) ـ خالد (زوج) فيكون التوزيع كالآتى :

الزوج صاحب فرض = $\frac{1}{2}$ التركة

=١٢ ÷ ٢ = ٦ أفدنة

هند صاحبة فرض = $\frac{1}{6}$ التركة

= ١٢ ÷ ٦ = ٢ فدان

محمود وكوثر أخوين لأم = $\frac{1}{3}$ التركة

= ١٢ ÷ ٣ = ٤ أفدنة

مجموع أصحاب الفروض

= ٦ + ٢ + ٤ =١٢ فدان

إنتهت التركة والباقى بالتعصيب لأحمد وعائشة (للذكر مثل حظ الإنثيين) ولا باقى لهم فذهب الأخوة الأشقاء إلى سيدنا عمر وعرضوا عليه القضية وقالوا له : هب أبانا حجراً ألقيناه فى اليم ، وهب أبانا حماراً ، أفلا نرث منها عن طريق أمنا كما هم ورثوا عن طريق أمنا هند ، أليست أمنا واحدة وهى هند ؟ لأن الأخوة لأم ورثوا ليلى عن طريق هند وقالوا : اعتبر أن زيداً غير موجود أليست بطن هند هى التى جعلتنا جميعاً ؟ فلماذا هم يرثوا ونحن لا نرث ؟ فقام عمر بإشراك جميع أبناء هند فى الثلث بمعنى أن أحمد وعائشة ومحمود وكوثر كلهم يرثون فى الثلث أى يشتركون فى الثلث .

وهنا يكون التوزيع كالآتى : الثلث وهى الأربعة أفدنة توزع على الأربعة ، توزع على جميع الأخوة لأم بالتساوى كل واحد فدان ، وسميت بذلك المسألة المشتركة ولها شروط وهى :

(١) أن يكونوا جميعاً من أم واحدة .

(٢) ألا يكون هناك باق فى التركة ولعلك تلاحظ شيئاً هاماً هو أن الأخ ش أخذ فدان والأخت ش أخذت فدان فقد يقول قائل لماذا لا يكون الفدانين معهما للذكر مثل حظ الأنثيين ؟ فنجيب عن ذلك بأنه فى الشركة يكون الجميع متساوون لا فرق بين ذكر وأنثى حتى ولو كان فيها عصبات لأنهم أصبحوا تابعين للأخوة لأم والتابع يأخذ حكم متبوعه فى التوزيع .

(مثال)

توفت وتركت ١٢ فدان وتركت : زوج - أخوين لأم - أخ ش وأخت ش .

الزوج $\frac{١}{٢}$ = ١٢ ÷ ٢ = ٦

أخوين لأم $\frac{١}{٣}$ التركة .

= ١٢÷٣ = ٤

الباقى لأخ ش والأخت ش

= ١٢ - ١٠ = ٢

فالفدانين توزع بين الأخ ش والأخت (للذكر مثل حظ الأنثيين)

بمعنى أن الأخ ش يأخذ ٣٢ قيراطاً والأخت ش تأخذ ١٦ قيراطاً (وهو الأخ التعيس لأن الأخت الشقيقة لو وحدها لأخذت نصف التركة)

فالأخوين لأم هنا أخذوا أربعة أفدنة والأخ ش والأخت ش فدانين فقط ، وعلى ذلك فشرط الإشتراك ألا يكون هناك باق فى التركة وألا يكون هناك ميراث للأشقاء ولو يسيرا ، كما رأيت فى المثال.وأنظر معى نص المادة ١٠ من قانون ٤٣/٧٧ .

لأولاد الأم فرض السدس والثلث لأثنين فأكثر ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء بسواء وفى الحالة الثانية إذا إستغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الأخوة الأشقاء بالإنفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ويقسم الثلث بينهم جميعاً على الوجه المتقدم

(ولنا ملاحظات على هذه المادة وطريقة صياغتها) هى صاحب الرسالة (المالكى وضع نظماً جميلاً سمى الرحيب حيث يقول إسمع يا أخى هؤلاء الافذاذ الذين نمتنوا الميراث بالنظم الجميل الذى يحفظ والثلث لأثنين أو إثنتين. من ولد الأم بغير مبين [١] .

وهكذا أن كثروا أو زادوا [٢] فمالهم فيما سواه زاد .

وتستوى فيه الذكور والإناث [٣]

كما قد أوضح المسطور [٤]

وأن تجد زوجاً وأما ورثا وأخوة للأم حازوا الثلث .

وأخوة أيضاً لأم وأب [٥]

(٣) وإستغرقوا المال بفرض النصيب فاجعلهم كلهم لأم [٦]

واجعل أباهم حجراً فى اليم [٧]

وأقسم على الأخوة ثلث التركة .

فهذه هى المسألة المشتركة .

لله درك أيها الناظم فلقد أرحتنا من الغموض الذى جاء فى نص المادة ١٠ من القانون ٤٣/٧٧ وأعطينا أمثلة جميلة وواضحة .

١- الملاحظة الولى :

كان المفروض أن يقال (الأخوة لأم) بدلاً من أولاد الأم لأن القرآن الكريم عبر بأسلوب الأخوة لأم .

٢- الملاحظة الثانية :

عبارة (يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الأخوة الأشقاء أو مع أخت شقيقة أو أكثر) ربما البعض يظن أن فاعل يشارك هو أولاد الأم وإنما فاعل (يشارك) هو الأخ الشقيق أو عاطفة وتفيد التنويع والتوزيع ، أما عبارة (أو مع أخت شقيقة فهي منطوقة مع الأخوة الأشقاء بمعنى أن نص المادة يريد أن يقول لو أن التركة إستغرقت ولم يبق للأخوة الأشقاء شيئاً سواء كانوا رجالاً أو إناثاً فهم يشاركون الأخوة لأم في الثلث لا فرق بين ذكر وأنثى ، ونحن نرى الصياغة الصحيحة للمادة والتي تفهم مباشرة هي كالآتي : للأخ لأم السدس للواحد أو الواحدة والثلث لإثنين فأكثر يتسوى فيه الذكر والأنثى ، وإذا إستغرقت التركة وبها أخوة أشقاء لهم الباقي ، ولا باق فهم يشاركون الأخوة لأم ، ويتساوى الأخوة لأم والأشقاء في الثلث لا فرق بين ذكر وأنثى .

ولكننا نجد الإمام أبي حنيفة لا يعمل بالإشتراك ويعطي للأخوة لأم الثلث كاملاً وحجته أن هذا مفروض لهم من الله تعالى ، وفي بعض الأحيان نجد أن الأخت ش صاحبة فرض من أكثر من الأخوة لأم .

مثال :

توفت وتركت ١٢ فدان وتركت أخت لأم ـ أخت ش ـ أخ لأب .

أخت لأم $\frac{١}{٢}$ التركة .

= ١٢ ÷ ٦ = ٢ فدان

الأخت ش $\frac{١}{٦}$ التركة .

= ١٢ ÷ ٢ = ٦ أفدنة

الأخ لأب بقية التركة

= ١٢ - (٦ + ٢) = ٤

وهكذا وجدنا أن الأخت ش لما كانت صاحبة فرض أخذت النصف وحدها .

والى اللقاء مع ميراث الحمل

الحقيقة ...

إن الذي يعرف الحقيقة ولا يناضل من اجلها ، اشد جرماً من الذي ينكر الحقيقة .

حكيم

هوامش

(١) مبين = التفرقة والظلم .

(٢) أى الأخوة لأم .

(٣) لا فرق بين ذكر وأنثى .

(٤) المسطور = القرآن .

(٥) الأشقاء .

(٦) أى كأنهم أخوة لأم فيكون لهم الثلث .

(٧) أى منعدم .

المراجـــع

(١) الدكتور/ مصطفى شحاته الموارث وفق القانون الجديد مقرر على طلبة كلية الشريعة والقانون .

(٢) المرحوم الإمام الشيخ أبو زهرة .

(٣) فتح القدير .

(٤) الكواكب الدرية فى فقه المالكية مقرر على طلاب الثانوى فى المعاهد الأزهرية .

(٥) أبو بكر الجزائرى فى الميراث .

(٦) كشف النقاب لأبى بكر الجزائرى .

رؤية فى القانون الجديد المعدل للمادة الأولى من قانون التأمينات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧

للسيد المستشار
السيد عفيفى
نائب رئيس مجلس الدولة سابقاً

إذا كان لمجلس الشعب حق الرقابة ومحاسبة الحكومة بإعتباره ممثلاً للشعب فإن للشعب (الأصيل) الحق فى الرقابة ومحاسبة مجلس الشعب على الوجه المبين بالدستور .

فى نهاية عام ١٩٩٠ إنطلق صاروخ من مجلس الشعب أصاب فئة من المحالين إلى المعاش إذ وافق مجلس الشعب فى باكورة عهده وبسرعة مذهلة على مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ومن شأن هذا التعديل أن يقصر الإنتفاع بالحقوق المقررة فى تلك المادة على من كان موجوداً فى الخدمة فى ١٩٨٧/٧/١ وحرمان المحالين إلى المعاش قبل هذا التاريخ من هذه الحقوق التى كانت مقررة لهم بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ .

وقد بررت الحكومة هذا التعديل حسبما جاء بالصحف بالآتى :

١) إنه يحسم الخلاف فى شأن تطبيق هذه المادة .

٢) أن الأخذ بالرأى الذى يذهب إلى إنتفاع من خرج من الخدمة قبل ١٩٨٧/٧/١ يحمل الدولة مبالغ جسيمة قدرتها الحكومة بنحو ٥٢٧ مليون جنية .

٣) إن هذا الرأى يخلق تفرقة فى المعاملة بين من أحيل إلى المعاش قبل وبعد ١٩٨٧/٧/١.

٤) وعززت الدكتورة وزيرة التأمينات مبررات التعديل بالآتى :

أ) أن مبدأ سريان القانون الجديد بأثر رجعى لا ينشىء أى قاعدة جديدة ولا يمس مراكز قانونية قائمة .

ب) أن المشروع المعروض سيجنب وقوع عديد من المفارقات .

ج) أن الهدف من المشروع هو تفسير من المشرع لمفهوم المؤمن عليه .

د) أن قسم التشريع بمجلس الدولة قد وافق على المشروع .

وتعقيباً على ما تقدم نعرض الملاحظات الآتية :

١ـ الملاحظة الأولى :

ليس صحيحاً أن هناك خلافاً فى الرأى فى تطبيق نص المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ فالأحكام القضائية الصادرة من محاكم مجلس الدولة سواء محكمة القضاء الإدارى أو المحكمة الإدارية العليا مستقرة على إن إشتراط أن يكون المنتفع بحكم تلك المادة قد أحيل إلى المعاش إعتباراً من ١٩٨٧/٧/١ تاريخ العمل بذلك القانون

يعتبر إضافة لشرط من شروط تلك المادة لم يرد به نص ، بل أن صياغة النص تنفى تطلب هذا الشرط (حكم المحكمة الإدارية العليا فى القضية رقم ٣٦٠٦ لسنة ٣٦ ق الصادر بجلسة ١٩٩٠/١٢/٢) .

ويبين من ذلك أن الغرض من هذا القانون هو تقنين رأى الوزارة وفرضه تشريعياً ملزماً للمحاكم مع ما فى ذلك من تدخل فى سير القضايا المنظورة وعدم الإلتزام بما تقضى به الأحكام على الرغم من أنه لا يخفى على أحد أن الأحكام عنوان الحقيقة .

٢ـ الملاحظة الثانية :

بررت الحكومة تقديم المشروع بأنه سيوفر على الدولة ٥٢٧ مليون جنيه قيمة ما تتحمله تطبيقاً للنص قبل التعديل .

ورداً على ذلك المبرر أقول أن المبادىء مستقرة فى القضاء الإدارى الذى يضع المصلحة العامة وصالح الخزانة فى إعتباره دائماً على أنه متى صدر قانون بإلتزامات مالية تعين على الدولة أن توفر وتعتمد المبالغ اللازمة لتنفيذه ومقتضى ذلك أنه لا يسوغ للدولة أن تتحلل من إلتزاماتها القانونية بالإحتماء بقلة المال . فهذه الإعتبارات كان الواجب مراعاتها وتوقيها قبل إصدار القانون وليس بعده .

وتمشياً مع هذا المبدأ المسلم به التفتت المحكمة الإدارية العليا فى القضية السالف ذكرها ــ وبحق ــ عن الدفع المبدى من الحكومة بما يصيب الصناديق .

ومن الأدلة على عدم سلامة هذا المبرر الذى تذرعت به الحكومة لإصدار القانون مايلى :

١) قلة حجم الشريحة المستفيدة من حكم المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديلها فهى بالتحديد الذين تركوا الخدمة فى ١٩٨٤/٤/١ تاريخ الإشتراك فى معاش الأجر المتغير حتى ١٩٨٧/٧/١ . ولا يغيب عن الأذهان إن عدداً كبيراً من أفراد هذه الفئة قد لحقوا بربهم نزولاً على حكم السن وتركوا من الأرامل والأيتام من هم أولى بالرعاية وهذه هى الفئة التى حرمتها الحكومة من حقوقها وانبرت وحدها تسوق ما يعن لها من مبررات هذا الحرمان مستعينة فى ذلك بالسلطة التشريعية فى البلاد . وإن الهدف الحقيقى من القانون هو إنهاء القضايا المقدمة ضد الحكومة لصالح الحكومة عن طريق مجلس الشعب .

٢) والأمر المؤسف حقاً إن الحكومة لم تقدم بياناً إحصائياً بالأساس الذى خلصت منه إلى تحديد مبلغ ال ٥٢٧ مليون جنية حتى يمكن مناقشتها موضوعياً فى الإثار المالية التى زعمتها الحكومة وهو ما نبه إليه السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب حينما بلور جوهر مشروع القانون بأنه هو الأثار المالية وذلك حسبما جاء بصحيفة الوفد الصادرة فى يوم ١٩٩١/١/١.

٣) الغريب حقاً أن يكون العنصر المالى هو الدافع إلى إصدار قانون ليس له من أثر إلا على الماضى ، ولا ينال هذا

العنصر حظه من المناقشة أو الدراسة إكتيفاء بالقول بأن الميزان المالى للصناديق مهدد ومع ذلك لا يتطرق البحث إلى الحالة المالية للصناديق التى قيل بأنها مهددة على الرغم من أن وفرة مواردها تسمح بإقراض الحكومة بفوائد ميسرة .

٤) لو إفترضنا جدلاً أن الصناديق مهددة وإن الهدف من القانون الجديد هو توقى الآثار المالية ـ وهو مالا نسلم به ـ فقد كان من الممكن للحكومة أن تسلك سبيلاً آخر يتسم بالمشروعية وهو إجازة شراء مدد فى معاش الأجر المتغير أسوه بما فعلته بالنسبة لمعاش الأجر الأساسى متفادية بذلك المساس بالحقوق المكتسبة وسريان القانون على الماضى .

٣ـ الملاحظة الثالثة :

إن القول بأن إنتفاع من خرج من الخدمة قبل ١٩٨٧/٧/١ بالميزة التى تقررها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ يخلق تفرقة فى المعاملة بين من أحيل إلى المعاش قبل وبعد ١٩٨٧/٧/١ غير صحيح، بل على النقيض أن القول بقصر الإنتفاع على من كان فى الخدمة فى ١٩٨٧/٧/١ هو الذى يخلق تفرقة دون مقتضى بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة . ذلك إن القانون الجديد هو الذى سيؤدى إلى تمييز من خرج من الخدمة فى ٨٧/٧/١ عن زميله الذى سبقه بيوم واحد وخرج من الخدمة فى ١٩٨٧/٦/٣٠ رغم تماثلهما فى المركز القانونى إزاء الصندوق دون مبرر لهذه التفرقة التحكمية.

وإذ صدر القانون منشأ لهذه التفرقة غير المبررة فإنه يكون مخالفاً لحكم المادة ٤٠ من الدستور التى تقضى بأن المواطنين لدى القانون سواء فى الحقوق والواجبات .

٤ـ الملاحظة الرابعة :

ونقصرها على الرد على ما قررته الدكتوره وزيرة التأمينات أمام مجلس الشعب حسبما جاء بصحيفتى الأهرام والوفد الصادرتين يوم ١٩٩١/١/١ .

قالت الدكتورة وزيرة التأمينات إن مبدأ السريان بأثر رجعى لا ينشىء أى قاعدة جديدة ولا يمس مراكز قانونية قائمة .

والصحيح فى القانون إن سريان القانون على ما وقع قبله ينطوى على الرجعية إلا فى القوانين التفسيرية وهذه القوانين يجب ألا تتعدى إيضاح ما أبهم من ألفاظ أو تكميل ما إقتضب من نصوص أو تخريج ما غمض من أحكام أو التوفيق بين ما وقع بين أجزاء القانون المفسر من تناقض دون إنشاء أى قاعدة جديدة وإلا فإنه يكون قانوناً معدلاً للقانون ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ وليس قانوناً تفسيرياً وإن وصف بذلك بغير حق إبتغاء تحقيق الأثر المترتب على إعتباره قانوناً تفسيرياً .

وجدير بالذكر أن إصدار قانون تفسيرى بما يقتضيه من سريان على الماضى يعد أبغض المباح لما له من أثر رجعى يمس حقوق فئة من المواطنين ولا يصح إصدار قانون تفسيرى إلا إذا توافرت الدواعى الحقيقة

لإصداره وهى دواعى غير قائمة فى القانون الجديد بعد أن إستقرت الأحكام على تحديد المقصود بالمؤمن عليه فى تطبيق أحكام المادة الأولى من القانون ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ على ما سلف بيانه .

أما القانون الذى أقره مجلس الشعب بتحديد المقصود بالمؤمن عليه فى المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بإنه الموجود فى الخدمة فى ١٩٨٧/٧/١ ، فهو حكم جديد لم يرد به النص القديم حسبما جاء بحكم المحكمة الإدارية العليا وهو بهذه المثابة ـ يكون بلا شك قانوناً معدلاً وليس قانوناً مفسراً ـ وجدير بالإشارة أن تفسير القوانين يحتاج لخبرة ودراية عاليتين بالقانون ولهذا ناط الدستور فى المادة ١٧٥ منه بالمحكمة الدستورية العليا مهمة تفسير القوانين . وتتولاه المحكمة بقيود تضمنها قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من أهمها ما نصت عليه المادة ٢٦ التي لا يجيز طلب التفسير إلا فى الأحوال التى يثور فيها خلاف فى التطبيق وإن يكون لهذا الخلاف من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها ولقد جاءت المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا بقيد ثان إذ تطلبت أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

ومفاد ذلك أهمية التفسير التشريعى سواء أصدر من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا مما يقتضى دراسة متأنية جاده هادئة وهو ما يجب أن يتوافر فيما يصدر عن السلطة التشريعية وخاصة بالنسبة لتصدى لمهمة التفسير لتجنب الخلط بينها وبين تعديل القانون مع إختلاف الأثر المترتب على وصف القانون بأنه تفسيرى أو معدل من حيث سريانه على الماضى .

وغنى عن البيان إن لجوء الحكومة إلى السلطة التشريعية بالقانون المذكور دون عرضه على المحكمة الدستورية العليا يعتبر إقراراً بعدم توافر شرطى الخلاف والأهمية المالية المزعومة لإنهما لو توافرا لبادرت الحكومة بتقديم طلبها إلى المحكمة الدستورية العليا إلا أن الحكومة واثقة من أن المحكمة الدستورية العليا ما كانت لتقبل تفسيراً لقانون لا خلاف عليه .

وما كانت المحكمة الدستورية لتقبل إصدار تفسير لن يطبق إلا على فترة زمنية إنقضت ولا وجه لتطبيقة فى الحال والإستقبال مما يجعله فاقداً سمات ومميزات القاعدة القانونية ذلك إن التصور الوحيد لتطبيق المادة ١٠٧ قاصر على من ترك الخدمة إعتباراً من ١٩٨٤/٤/١حتى ١٩٨٧/٧/١ أى إنه لن يطبق إلا على الماضى.

وجدير بالذكر إن المادة ١٨٧ من الدستور قد حرمت رجعية القوانين ثم إجازتها فى غير المسائل الجنائية وهو ما يدل على أن إجازة الرجعية فى غير

المسائل الجنائية إنما هو إستثناء من الأصل والإستثناء لا يتوسع فيه ويقدر بقدره مثل دفع خطورة داهمة وبعد إستعراض القانون إستعراضاً دقيقاً ودراسته دراسة جادة متأنية وهو ما إفتقر إليه القانون الماثل الذى قد يؤدى إلى وصمه بعيب الصورية فى أذهان المحرومين من أرباب المعاشات مما يقتضى أن ينبرى له الفقه والقضاء بالعلاج .

الملاحظة الخامسة :

جاء على لسان الدكتوره وزيرة التأمينات إن مجلس الدولة قسم التشريع قد وافق على المشروع وهو قول غير دقيق ذلك إن قسم التشريع بمجلس الدولة ليس له سلطة الموافقة على التشريع والصحيح إنه يقوم بمراجعة المشروع فى حدوذ إختصاصه وهى مراجعة الصياغة وذلك بإعداد تقرير مسبب بما يراه من ملاحظات قد تأخذ بها الحكومة أو لا تأخذ بها وكان الواجب عرض هذا التقرير على السلطة التشريعية لتتبين وجهة نظر مجلس الدولة.

وغنى عن البيان إن عدم وجود ملاحظات لقسم التشريع لا يطهر العمل من العيب وكان الرجاء فى مجلس الدولة إن يقدر أهمية الموضوع ومدى مساسه بقضايا مرفوعه أمام الجهات القضائية هى الهدف من القانون فلن يكون لهذا القانون من أثر إلا عليها مما يعتبر تدخلاً فى أعمال السلطة القضائية . وكان الأجدر بالمجلس أن يحيل الموضوع للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع المختصة قانوناً بالمسائل الهامة وفقاً للمادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ٧٨وهى ملاحظة أرى لزاماً على إبداءها وتسجيلها .

الملاحظة السادسة :

إن مطالعة التشريعات التأمينية السابقة على هذا القانون الجديد تقتضى منا أن نسجل للمشروع بالتقدير منهجه الواضح الواعى المحيط بمهمته فكلما جاء بقانون جديد كان أفضل من السابق عليه وأكثر سخاء مراعياً فى ذلك المصلحة العامة والإعتبارات الإنسانية ، ذلك إن القانون التأمينى يمس حياة كبار السن من العاملين السابقين وأسرهم من بعدهم وهومآل كل عامل حالى يجب تأمينه على غده ، ولذلك راعى المشرع فيما سبق من قوانين تأمينية عدم حرمان السابقين من أصحاب المعاشات مما جاء به من مزايا جديدة لمن يحال إلى المعاش من العاملين توطيداً للثقة فى رعاية الدولة وحافزاً للعاملين الحاليين على بذل ما فى وسعهم لتحقيق مزيد من الإنتاج ، ولهذا الزم المشرع نفسه فى كل ما صدر عنه من قبل بأن يستهدف المزيد من المزايا وليس الإنتقاض من حقوق مقررة بقوانين سابقة على النحو الذى جرى به القانون الجديد سواء أكان قانوناً مفسراً أو قانوناً معدلاً .

ولعلة لم يفت على فطنة المشرع فيما سبق صدوره من قوانين إن العلاقة التأمينية التى تربط الموظف بالحكومة وإن كانت من ناحية ذات صفة لائحية (بمعنى أن يكون للدولة أن تعدل فيها بإرادتها المنفردة)

إلا إنهـا ومـن ناحيـة أخـرى لا تخلو من الصفة العقدية إذ يلزم لإنعقاد هذه العلاقة إبتداء رضاء العامل والإفصاح عن رغبته فى الإنتفاع بأحكام هذا النوع أو ذاك من أنواع التأمين وهى بهذه المثابة علاقة من طبيعة خاصة لا هى باللائحة البحتة ولا هى بالعقدية المطلقة وإنما هى علاقة تختلط فيها الصفتان ، ومن ثم لا يكون للحكومة ـ وهى أحد طرفى هذه العلاقة ـ المساس أو الإنتقاص من حقوق المؤمن عليهم بقانون تنفرد بإستصداره على نحو ما فعلته بإستصدار القانون الجديد.

الملاحظة السابعة :

لم يكتف التشريع الجديد بمخالفة الدستور على النحو السالف بيانه فحسب وإنما تجاوز المدى فإخترق المبادىء الأساسي التى تسمو على الدستور وتعلوعليه بإعتبارها المصدر الذى إستلهم منها أحكامه مثل مبادىء الشريعة الغراء والمبادىء التى نادت بها جميع الأديان بلاخلاف كحب الخير والعدل وبغض الشر والظلم ويعنى أخر تلك المبادىء التى تستقر فى وجدان الشعب وقيمة الإنسانية فإذا جاء القانون الجديد متسماً بظلم وقهر فئة ضعيفة هم أرباب المعاشات سالباً ما إكتسبوا من حقوق مستقره من أرزاقهم كان بلا جدال مخالفاً لروح الدستور ومبادئه الأساسية .

ـ وأخيراً أحذر من حكم التاريخ فيوم يذكر مذبحة القضاء عام ١٩٦٩ سيذكر بلا جدال مذبحة القانون يوم ١٩٩٠/١٢/٣١ . تاريخ ميلاد القانون المذكور الذى لا أعرف له رقماً بيد أن من سماته إنه روجع فى مجلس الدولة فى ساعة ووافق عليه مجلس الشعب فى ساعة من أجل إنهاء قضايا أصحاب المعاشات المعروضة على القضاء لصالح الحكومة والأجهاز عليها فى أقل من ساعة.

ـ وجدير بالإشارة إن صدور هذا القانون سواء أكان تفسيرياً أو معدلاً لا يمنع أصحاب المعاشات الذين إنتقص من حقوقهم من الدفع بعدم دستورية هذا القانون فى المنازعات القضائية المتعلقة بهذه الحقوق ، والأمل منعقد على المحكمة الدستورية العليا فى أن تقول كلمتها الحاسمة فى هذا الدفع لتضع الأمور فى نصابها وترد لأصحاب المعاشات ما إنتقصه هذا القانون المسمى بأنه تفسيرى من حقوق ثابتة . والله يهدى إلى سواء السبيل .

إن تدخل المشرع فى القضاء يتضمن إمتهاناً بالغاً للأحكام القضائية ، وإعتداء على مالها من حرمة ، وإهداراً لحجيتها ، كم أنها تضعف من مكانة القاضى ومنزلته .

ـــــ الفقيه الألمانى ليفاك ـــ

مسكن الزوجية فى القانون الجديد
اجمع الفقهاء على انه
غير دستورى وغير إسلامى

للسيد الاستاذ
أميــن صــــفوت
المحامى بالنقض

كنا قد تناولنا هذا الموضوع بدراسة نشرتها مجلة المحاماه بعنوان : مسكن الزوجية فى قانون الأحوال الشخصية الجديد . وذلك فى عدد سبتمبر وأكتوبر ١٩٨٨ . وقد بينا فى تلك الدراسة سوء صياغة المادة ١٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التى جاءت ـ لأول مرة فى تاريخ الإسلام ـ بنص يجيز طرد الزوج من سكنه لصالح زوجته الحاضنه عقابا له على إستخدام حقه المشروع الذى اباحه الله وهو حق الطلاق .

وبينا كيف قامت المحكمة الدستورية العليا بالغاء قانون الأحوال الشخصية السابق رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وهو الذى كان قد استحدث أصلاً ذلك النص الغريب فرد عليها الذين كانوا وراء ذلك القانون الشاذ بإصدار تشريع جديد صدر برقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ جاء اشد ضلالا وابعد إضراراً بالمجتمع المصرى والإسلامى .

وقد أسعدنا ان نجد ان جميع اساتذة الشريعة الإسلامية فى جامعاتنا كلها قد اجمعوا ـ دون استثناء واحد ـ على أن ذلك القانون الجديد غير دستورى وغير اسلامى .

ونحن نقدم فى هذا المقال خلاصة لبعض ما كتبه . أولئك العلماء المتخصصون فى هذا الموضوع مع تعليقنا عليها .

راى الاستاذ اشرف مصطفى كمال

فى الوقت الذى تكتب فيه هذه الحلقة الثانية من مقالنا يتولى الأستاذ أشرف مصطفى كمال منصب رئيس محكمة شمال القاهرة للأحوال الشخصية . وفى كتابة " **المشكلات العملية فى قانون الاحوال الشخصية** " ص ٤٠٣ قال سيادته فى النص موضوع هذه الدراسة .

" راينا فى استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية "

يعتبر نص الماد ١٨ مكررا ثالثا من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ من النصوص العملية التى فرضتها ظروف العصر والتى تفتقر للسند الشرعى بل وتتعارض مع نصوص وردت فى القرآن الكريم . ذلك أن الثابت أن أيا من فقهاء المذهب الحنفى المعمول به فى مصر عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والذى أستمد النص من أحكام لم يقل باجبار الأب على أن يتخلى عن مسكنه ومأواه لسكنى أولاده وحاضنتهم وحاصل آراء فقهاء المذهب الحنفي في هذا الخصوص التفريق بين ما إذا لم يكن للحاضنة مسكن مملوك لها أو كان ذلك ، ففي الحالة الأولى

وجب لها أجر مسكن حضانة سواء من مال الصغير أو من مال أبيه ، إذا كان الأول لا مال له أما إذا كان لها مسكن يمكنها أن تحتضن فيه الصغير فلا تستحق حتى أجرة مسكن الحضانة .

يضاف إلى ذلك أن النص المذكور يتعارض معارضة صريحة مع قول الحق تبارك وتعالى (لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولامولود له بولده) . الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة ـ ولا شك ان فى إجبار الأب على ترك مسكنه لحضانة ولده فيه قسراً عنه إنما يلحق به ، وفى ظل ظروف أزمة الإسكان الراهنة ضررا لا يعاظمة ضرر مما يجعل الولد مصدر ضرر لوالده وهو ما يتعارض مع نص قرآنى قطعى الثبوت والدلالة .

يضاف إلى ما تقدم أن مجتمعنا الشرقى الإ سلامى إنما يأبى أن تستقل مطلقة شابة يخشى عليها من الفتنة فى مسكن تقيم فيه مفردها مع صغير أو صغيرة لا تعى من أمر نفسها أو أمها شيئاً مما يجعلها مضغة الأفواه ومطمعاً لضعاف النفوس فضلاً عما يؤدى معه توافر مسكن تستقل فيه المطلقة بالإقامة فيه إلى فتح المجال بعض المطلقات إلى الإنحراف والخروج على جادة السبيل والعفة .

طرد الزوج ايا كانت الحاضنة

وقبل أن تنتقل إلى سرد آزاء الفقهاء الآخرين لنا تعليق على ما يخفيه ذلك القانون من نية التنكيل بالأزواج ـ دون برر ـ ذلك أن الهدف المفهوم من إبعاد الزوج المطلق عن مسكن الزوجية فى مدة إقامة زوجته المطلقة فيه هو التذرع بان اقامتهما نعا تتعارض مع أحكام الشريعة لمظنة الوقوع فى الحرام . ولكن ما هى الحكمة من تحتيم طرد الزوج إذا تزوجت الحاضنة مثلا واتنقلت الحضانة منها إلى امها فإن الأم تكون بطبيعة الحال محرمة على الزوج ـ وفى منزلة امه ـ فلماذا ينص القانون على ان تستقل الحاضنة فى تلك الحالة بمسكن الزوجية .

بل أن الصورة لتبدو أكثر إمعاناً فى الشذوذ والغرابة إذا كانت الحاضنة والدة الزوج نفسه فان الصياغة الردئية للمادة ـ موضوع هذه الدراسة ـ توجب على الزوج المطلق ان يهيئ مسكنا للحاضنة ايا كانت قرابتها منه وإلا تخلى لها عن مسكن الزوجية الأصلى .

وليس أقل شذوذا وغرابة من ذلك ان تكون الحاضنة المطلقة او الحاضنة البديلة لها ـ فعلاً ـ شقة مؤجرة باسمها ويمكنها أن تحضن الصغار فيها ومع ذلك يعطيها القانون الوسيلة القانونية للتعسف الشديد فى إساءة استعمال الحق بان يسمح لها بأن تصمم على طلب الاستقلال بمسكن الزوجية بدلاً من أن يفرض لها القضاء أجراً مناسبا يتعادل مع أجرة شقتها أو يزيد عليها . ومن الدلائل القاطعة على فساد فكر ذلك التشريع ما أوضحناه من أنه يجيز للزوجة المطلقة أن تقيم فى مسكن الزوجية مع شقيق الزوج ولا يجيز للزوج أن يقيم مع والدة مطلقة بل والدته شخصياً .

راى الدكتور نبيل الشاذلى

الدكتور نبيل الشاذلى هو مدرس الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة وله كتيب صغير طبعه فى سنة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م بعنوان (شرح تعديلات قوانين الأحوال الشخصية - القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وفى صفحة ٣٦ يقول تحت عنوان : الشرح والتعليق (بعد ان أورد نص الماد ١٨ فكرر ثالثاً) .

اولاً : تعتبر هذه المادة فى القانون المذكور من ابعد المواد صراحة عن نصوص الكتاب الكريم ففى سورة البقرة بل فيها خروج على آيات القرآن الكريم .

ففى سورة البقرة نقرأ قوله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد وأن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولامولودله بولده ...) من سورة البقرة الآية ٢٣٣ .

ونص المادة ١٨ مكرر ثالثاً فيه مضارة واضحة بالمطلق والضرر تمثل فى خروجه من بيئته ، فأى ذنب جناه حتى يخرج منه وهو له راحة وسكن !!

هل عقاباً لإستعماله رخصة الطلاق المشروعة له ؟

أم هو التعصب الزائد للمرأة والتى ربما تكون هى العامل الأساسى والسبب الرئيسى فيما حدث من فرقة وطلاق .

وهل غاب عن واضعى القانون المذكور التبصر بآيات الكتاب الكريم قبل أن يعقدوا المسائل اكثر من تعقيد مشاكل الحياة ومساكنها فى ظل الظروف الراهنة أم انهم يريدون ان يزجوا بالرجل فى معترك الصعاب ويتركونه يتلوى يميناً ويساراً ليبحث عن مأوى .

ولذلك فإن هذا النص كما يقول احد الاساتذة (وهو الدكتور عبد الناصر العطار . فى كتابه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ٣٨) غريب فى صياغته غريب فى تطبيقه ومخالف للشريعة الإسلامية) .

ثانياً : أمر الله تعالى بصلة الرحم وحذر من قطعها ، وتوعد من يفعل ذلك باللعنة والطرد من رحمة الله ودعاهم إلى تدبر آيات الله وأحكامه فى كتابه الكريم ، فقال تعالى (فهل عسيتم أن توليتم أن تفسدوا فى الأرض وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله فأجمهم وأعمى أبصارهم أفلا يتدبرون القرآن ام على قلوب أقفالها) من سورة محمد الآيات ٢٢/٢٣/٢٤ .

ثم يمضى الدكتور نبيل الشاذلى فى كتابه فيقول :

وجاءت المادة ١٨ مكرر ثالثاً - وزادت الأمور تعقيداً ، ووسعت من دائرة الخلاف بين الزوج وأقارب زوجته .

فلنتصور ان حضانة المطلقة سقطت لسبب من الأسباب كتزوجها أو وفاتها مثلا ، هنا ينتقل الحق فى الحضانة إلى من يليها حسب ترتيب الحاضنات ، وهذه الحاضنة لها مسكن مستقل آخر - ولاشك فى هذا - فهل ستقيم فى منزلها الخاص بها . وتترك من هم فى حضانتها ، أم ستقيم معهم فى

مسكن الحضانة وتهمل بيتها ؟ علاوة على ان وجودها في مسكن الحضانة سيكون مصدر شقاق ونزاع دائم مما سيكون سببا في الضيق والألم ـ وقطع الصلات وقد نهانا الله تعالى عن ذلك صراحة .

ضرورة تعدد المحضونين

وباستقراء آراء كل من كتبوا في الموضوع نجد إجماعاً على أنه يشترط لقبول دعوى الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية ان يتعدد الأطفال المشمولين بالحضانة فلا يقلون عن ثلاثة .

وفي ذلك يقول الدكتور نبيل الشاذلي ص ٣٨ .

لا تطبق المادة المذكورة إلا بشروط معينة منها أن يكون عدد المحضرنين ثلاثة : فأكثر وذلك يفهم من نص المادة " علي الزوج المطلق ان يهيئ **لصغاره** مــــن مطلقتــه ..." فلا تطبق المادة المذكورة إذا كان المحضـون واحداً أو كـان المحضونان إثنين .

وبهذا التفسير يضيق تطبيق المادة إلى أبعد الحدود .

تعليقنا على هذا التفسير :

كانت صياغة المادة القديمة في القدنون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (القرار بقانون) تقول : للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر . . . الى آخر المادة . . أما صياغة المادة في القانون الجديد رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فتقول على الزوج المطلق ان يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

ويتعين على من يتصدى لتفسير القانون أن يتقيد بحرفية النص ، خصوصاً إذا كانت عبارة القانون الجديد قد جاءت مختلفة عن عبارة القانون القديم لأننا لا يمكن ان نرجم بالغيب لنتعرف على ما دار في نفس الشارع ونشق عن قلبه لنستبين مقصده بل أمامنا عبارة النص نلتزم بالتقيد بها متى كانت واضحة لا تحتمل أي لبس فيها وهذا هو ما يعرف بمدرسة الشرح على المتون .

ولعل مما يزيد هذا النظر وضوحاً اننا نجد نص الفقرة الثالثة والرابعة تلتزمان بصيغة الجمع عند الحديث عن الأطفال فتقول الفقرة الثالثة : ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين ان يقدر لها اجر مسكن مناسب **للمحضونين** ولها . وتقول الفقرة الرابعة : فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق ان يعود للمسكن مع **اولاده** اذا كان من حقه الاحتفاظ به قانونا .

إذاً فالمادة القديمة كانت تتحدث عن صغير واحد ولم يرد في أي فقرة من فقراتها صيغة الجمع بل ولا صيغة المثنى عند الحديث عن الأطفال المحضونين . وأما المادة الجديدة فعلى العكس لم ترد في أي فقرة من فقراتها ما يمكن معه فهمها على انها تنطبق على حالة صغير واحد فهي تتحدث عن صغار وعن محضونين .

ولاشك أن التقيد بعبارة النص ـ ولا اجتهاد مع وضوح

النص ـ لا يترك اى مجال للقول بتفسير آخر للنص .ذلك حتى بصرف النظر عن ان ذلك النص نص استثنائى يتعين عدم التوسع فى تفسيره ويتعين مراعاة قواعد التفسير الضيق بشأنه فنحن لسنا فى حاجة إلى التضييق وانما كل ما يجب ان نلتزم به هو عدم التوسع فى تفسير النص لإنسحابه على صيغة المفرد بعد ان لاحظنا ان عبارة النص القديم قد استبدل بها المشروع فى النص الحديث صيغة الجمع فلا يجوز أن نعتبر ذلك من قبيل السهو والغلط لأن المشرع منزه عن اللغو والعبث ، واذا كانت عبارة النص واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بتفسيرها بالتضييق او التوسيع لان ذلك ليس من اختصاص الفقهاء الجادين وأهل التقوى والدين .

والكلمة الآن موجهة إلى رجال القضاء فلو أنهم التزموا بهذا التفسير لاستراحوا واراحوا ولم يعد مطروحا عليهم سوى المطلقة الحاضنة التى طردها زوجها وله منها اولاد بالجمع ـ ولو أخذنا الأمور بعين الانصاف والرحمة فإننا يمكن ان نرى للنص الجديد مجالاً عادلاً للتطبيق لأن المقارنة بين الأب وهو فرد واحد وبين شرذمة من الأبناء وامهم أيهم أحق بالمسكن إذا أقدم الأب على تطليق أمهم بعد أن أنجبت له أو ولدت له ذلك العدد من الأطفال فإن إحتمال وقوع الظلم من الأب يكون أقرب للتصديق ولا تكون للأم شبهة السعى السريع للإستيلاء على شقة الزوجية بمجرد الحمل .

ولكنا نعتقد أن ذلك التفسير هو بعد الأشياء عن قصد الذين وضعوا القانون فهى رمية جاءت من غير رام ، ولا شك أنهم حسبوا أن لفظ " الصغار " والأولاد يتعين إستعماله للتعميم لا للتخصيص والتحديد .

ومع ذلك كله فان واجب القاضى ان ينقيد بحرفية النص فيرفض وعوى استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية اذا كان المحضون واحداً او اثنين وفى ذلك ما يتفق مع صالح المرأة وصالح الأسرة لأن الزوجة إذا تيقنت ان المحضون الواحد لن يمكنها من إغتصاب شقة الزوجية فإنها تخلد إلى الهدوء والسكون والطاعة .

وتفكر مرتين أو مرات قبل أن تسارع إلى تحطيم عش الزوجية طمعاً فى الشقة .

الزواج الفاسد :

إتفق المؤلفان السابقان على أن النص موضوع هذا البحث لا ينطبق بالنسبة لغير الزواج الصحيح فيقول الأستاذ أشرف مصطفى كمال فى صفحة ٣٧٨ " والنص لايلزم غير المطلق من يكون له أولاد فى حاجة إلى الحضانة بالتخلى لهم عن مسكنه أو تهيئة مسكن آخر لهم ، كمن انتهى زواجه بغير طلاق كما لو انتهى بفسخ او بطلان أو نحو ذلك وينطبق ذات الحكم فيما لو إنتهى الزواج بموت الزوجة "

ويقول الدكتور نبيل الشاذلى ص ٣٨ :

فلا تطبق المادة ١٨ مكرراً ثالثاً على الحالات الآتية :

١ ـ إذا كانت الفرقة فسخاً .

٢ ـ إذا كان التطليق بحكم القضاء .

٣ ـ إذا كان التطليق على مال من جانب الزوجة .

متى يسقط حق الحاضنة :

ويقول الأستاذ أشرف مصطفى كمال ص ٣٨١ :

" ومما تجدر الإشارة إليه ان قيام الحاضنة برفع دعوى للمطالبة بنفقة للمحضونين شاملة أجر مسكن ثم قيامها برفع دعوى استقلال بمسكن الزوجية فقام القاضى بتخييرها بين الاستقلال بالمسكن او الحصول على أجر مسكن فإن اختيارها لهذا البديل الأخير فى إطار تلك الدعوى انما يؤدى إلى الحكم ضدها بعدم جواز الدعوى لسابقة الفصل فيها فى دعوى النفقة بحكم نهائى باعتبار أن هذا الدفع يعتبر مصروحا على المحكمة باعتباره متعلقا بالنظام العام " .

ونلاحظ ان استخدم تعبير المحضونين بالجمع وهو ما يؤيد وجهة النظر التى جاء بها الدكتور نبيل الشاذلى فى قصر تطبق المادة على الحالات التى يوجد فيها ثلاثة محضونين او اكثر .

راى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار :

وهو أستاذ القانون المدنى ووكيل كلية الحقوق بأسيوط . وذلك فى كتابه (الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) ص ١٦٠ وما بعدها :

يقول سيادته (أما المطلقة الحاضنة فقد ابتدع لها قانون الأحوال الشخصية حكماً جديداً ، فنص فى المادة الأولى منه على إضافة المادة ١٨ مكرراً ثالثاً بالمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وتقضى بأنه ...الخ المادة ، . وهذا النص غريب فى صياغنه ، غريب فى تطبيقه ، ومخالف للشريعة الإسلامية ، كما يتضح من الآتى :

اولا : أوجب هذا النص على " الزوج المطلق " أن يهيئ مسكن الحضانة ، والمطلق بعد طلاقه لايسمى زوجاً .

والنص لا يلزم " غير المطلق ممن يكون له أولاد فى حاجة إلى الحضانة فمن إنتهى زواجه بغير طلاق لايلزم بتهيئة مسكن الحضانة ، كما لو إنتهى زواجه بالفرقة التى ليست بطلاق وان إحتسبت طلاقاً او فسخاً ، فلو تبين أن الزوجة أخت زوجها من الرضاع ، أو أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام ، أو إرتد الزوج أو الزوجة عن الإسلام ـ والعياذ بالله ـ أو زنا الزوج بحماته أو بإبنة زوجته من غيره ، أو قبل إحداهما بشهرة ، أو طاوعت الزوجة حماها أو إبن زوجها فى الزنا بها أو تقبيلها بشهرة ، ففى جميع هذه الحالات بحكم بالفرقة بين الزوجين ولا يلزم والد المحضونين بتهيئة مسكن الحضانة ، وكذلك . اذا إنتهى الزواج باللعان اوبموت الزوجة .

والنص بذلك يستهدف زيادة أعباء المطلق فحسب ، ويسرى على كل طلاق بائن أو اصبح بائنا .

ثانيا : يهيئ المطلق مسكن الحضانة لصغاره " من مطلقته " فحسب ،إما صغاره من غير

مطلقته فلا يلزم بتهيئة مسكن حضانة لهم ، كصغاره من زوجته المتوفاة ، وصغاره من زوجته التى حكم بالتفريق بينها و بينه ، والنص بذلك يقيم تفرقة غير عادلة بين الصغار من أب واحد ، فلو أن زوجاً ماتت زوجته عن صغار فلا يلزم بتهيئة مسكن لحضانتهم ، فإذا تزوج أخرى ثم طلقها بعد أن أنجب منها فعندئذ يلزم بمسكن لحظانة أولاده ممن المطلقة دون أولاده (الأيتام) من زوجته المتوفاه ، فأى ظلم وتفرقة يقيمها القانون بين الأولاد .

والظاهر أن واضع القانون كان يستهدف بهذا الحكم زيادة أعباء الطلاق فأنساه ذلك وضع حماية شاملة وكاملة للصغار المحضونين ولهذا نص على المطلق فحسب ، وعلى صغار المطلق من مطلقته فحسب .

ثم يشرح إنتقال الحضانة إلى الصالحات لها من جهة الأم ثم بين جهة الأب ويقول إن القانون نص أيضاً على إنفراد أية حاضنة بمسكن الحضانة .

ويقول: ويعنى ذلك أن قانون الأحوال الشخصية الجديد جعل النزاع على المسكن ليس محصوراً فقط بين المطلق والمطلقة بل بينه وبين أقاربه المذكورين ، وهو ما يؤدى إلى قطع الأرحام ، خصوصاً وأن أكثر هؤلاء الحاضنات لهن مساكن أخرى .

ثم يقول الدكتور العطار فى البند ٣١ ص ١٧٩

بند ٣١ مكرر : إخراج المطلق من مسكن للحضانة ، حكم مخالف للشريعة الإسلامية وغير دستورى .

وعدد أثنى عشر سبباً لشرح رأيه إتفق فى معظمها مع ما بسطناه فى مقالنا الأول ، ولكنه يزيد نقاطاً لم نتناولها ، ونتختار منها ما يأتى :

اولاً : إذا كان هذا الحكم قد قصد به الطلاق ، إلا أنه يزيد الزوجات المشاكسات طغياناً ، فتزداد ومعه حالات الطلاق ، ومنازعات الأزواج أمام المحاكم ، ولاشك إن أكثر الرجال لا يمنعهم من الطلاق غير حسن معاملة الزوجة فإذا ساءت معاملتها طلقها زوجها مهما كانت التضحيات ، الا ترى عند إخواننا المسيحيين ، يغير الزوج طائفته أو دينه ليطلق زوجته .

وقال إن هذا القانون سيخلق جيلاً من الشباب يحجم عن الزواج أو يبحث عن فتاة تقوم هى بإعداد شقة الزوجية لأنها لها فى النهاية والبداية ـ ثم تتطور الأمور فنجد شاباً يحمل حقيبته وفيها ملابسه ويدخل حفيفاً على زوجته فإن أعجبته لأمور بقى وإلا حمل حقيبته وخرج يبحث عمن يمكنها أن تهيىء له مسكناً آخر تاركاً أولاده من كل زوجة مع أمهم .

راى الدكتور يوسف قاسم

وهو أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة . وهو يقول فى كتابه (حقوق الأسرة فى الفقة الإسلامى الذى فاز بجائزة الدولة عام ١٤٠٣ هـ .)

يقول سيادته أخطر ما قاله عالم مسلم فى بيان شذوذ هذا القانون ومنا فاته لحكم الشريعة الإسلامى .

يقول فى صفحة ٤١٣ هامش (٤) .

" وما بالنا إذا علمنا إن هذا النص بالذات قد وضع خصيصاً لحالة إحدى الحاضنات التى تملك من الشقق والعمارات ما لا يصح أن يشار إليه فى هذا المقام .

ويوم أن توضع النصوص القانونية لمصالح شخصية فقل على الدنيا السلام وإنا لله وإنا اليه راجعون ولاحول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم "

ثم يقول :

ولذلك فقد جاء هذا النص بزيادة مشاكل الأسرة وتعقيد الحياة المصرية أكثر مما هى كذلك ففضلا عن ان النص ليس له سند شرعى صحيح فإنه يؤدى إلى توسيع دائرة الشقاق بين افراد الأسرة بل والى قطع صلة الرحم .

وإنتقل الدكتور يوسف قاسم بعد ذلك فى ص ٤١٥ وما بعدها إلى بيان انعدام الأساس الشرعى الصحيح تأسيسا على ما يترتب عليه من مضارة للوالد بابنة ويصف القانون بأن جاءت صياغته فى غاية الغرابة ، وكأنه منسلخ تماماً عن كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، ثم شرح ما يؤدى اليه النص من توسيع دائرة الشقاق وقطيعة الرحم .

ثم حمل سيادته جملة شديدة على تشدد أعضاء مجلس الشعب الذين كانوا وباء وراء إصدار ذلك القانون وبين كيف انهم رفضوا الاستجابة إلى كل المقترحات التى تقدم بها مجمع البحوث الاسلامية لقصر الاستقلال بمسكن الزوجية على المطلقة الحاضنة وحدها دون سائر الحاضنات تحملا لأخف الضررين ولكن مجلس الشعب - كما يقول - ابى الأ ان يأخذ بالضرر الأكبر ويوسع من دائرة الشقاق .

النتيجة النهائية لرعونة النص نسخ القانون

ويتفق الدكتور قاسم معنا ومع غيرنا من الذين كتبوا فى شرح ذلك القانون فى ان الصياغة التى صدر بها وهى صياغة متعجلة غاضبة شخصية قد أدت إلى ان يصبح تطبيقة غناء فيه للحاضنة ذات الطفل الواحد او ذات الطفلين بل تقتصر الاستفادة منه على ذات اطفال ثلاثة محضونين على الأقل .

وبعد ان ذكر ان المشرع المصرى جاء بنص المادة ١٨ مكررا ثالثا بهذه الصورة العجيبة والبعيدة عن الإسلام فصاوروها فيعين - فى نظرنا - نظرا لدكتور قاسم - على القضاء المصرى بان لم يطعن فى دستوريتها ان يطبقها فى اضيق الحدود وذلك يقتضى توافر شرطين اساسين أخذناها من النص المذكور .

الشرط الأول : صدور الطلاق من الزوج : فعبارة " على الزوج المطلق " تؤكد حتمية هذا الشرط ، فإذا لم يطلق الزوج فلا مجال لتطبيق النص لا فى حالات التفريق بغير الطلاق ، بل ولا فى حالات التطليق .

وعلى ذلك فجميع حالات الفسخ لا يتطبق النص عليها كما ان حالات التطليق بحكم القاضى - لا ينطبق عليها نص

المادة ـ فيما ترى انه تطبيق صحيح للنص المذكور . لأن الزوج فى كل هذه الأحوال لم يطلق . ولا يصح فى نظرنا التوسع فى تطبيق نص مخالف للشريعة إذ مثل هذا النص هو بذاته واجب الإلغاء .

والشرط الثانى : ان يكون عدد المحضونين ثلاثة فأكثر وهو يتفق معنا فيما قدمناه من استدلال على ان المشرع تعمد ذلك بتغيير الصياغة بين المادتين فى القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون الأخير .

ثم يقول سيادته :

وعلى ذلك فإننا نحمد الله تعالى ان جاء النص المذكور على هذه الصورة التى تضيق من نطاق تطبيقه ألى حد كبير بل وكبير جدا ،

فالنزاع المؤدى الى الفرقة بين الزوجين غالبا ما يحدث قبل الإنجاب وربما يحدث بعد إنجاب طفل ، وقليلا ما ينشأ بعد إنجاب طفلين . اما بعد الثلاثة اطفال فهو اندر النادر وربما لا يمثل مشكلة فى مصر .

حكم حديث لمحكمة الأحوال الشخصية بالقاهرة :

فى عدد جريدة الأهرام الصادر فى يوم السبت ١٩٩٠/٣/١٧ فى الصفحة الرابعة عشرة وتحت عنوان :

بعد ١٢ سنة عاد الزوج إلى مسكن الحضانة بحكم المحكمة قالت الأهرام قضت محكمة القاهرة للأحوال الشخصية بعودة طبيب إلى مسكن الزوجية بعد مضى ١٢ سنة على الحكم بإخلائه منه وتمكين مطلقته الحاضنة من الإقامة فيه . . . كان الزوج قد اقام دعوى ضمنها أنه كان من أول من طبق عليهم القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى استحدث نظام استقلال الزوجةبمسكن الزوجية فى حالة الطلاق إذا كان لها اولاد فى سن الحضانة حيث حصلت زوجته التى طلقها فى هذا التاريخ على حكم بتمكينها من شقة الزوجية واخلائه منها وظل طوال هذه المدة يقيم فى إحدى غرف المستشفى التى يمتلكها بوسط القاهرة وانه حصل على ثلاثة احكام قضائية على فترات متفاوته بضم اولاده كان آخر تلك الأحكام منذ ثلاثة شهور وطلب الحكم باسترداد شقة الزوجية وإخلاء مطلقته منها إعمالا لنصوص قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

اعترضت الزوجة فى المحكمة على دعوى الزوج وقالت إنها اعتادت الإقامة بتلك الشقة منذ زواجها من مطلقها ولمدة تزيد على عشرين عاما . وأنه لايسوغ إخلاؤها من المسكن بعد ان قامت بخدمة الزوج وأولاده طوال تلك المدة خاصة وانها ليس لها سكن بديل .

وبعد أن إستعرضت المحكمة برياسة الأستاذ أشرف مصطفى كمال ـ وقائع الدعوى قضت بإخلاء المطلقة من مسكن الحضانة والزامها بتسليمه إلى الزوج . وقالت المحكمة إن المشرع قد أعطى المطلقة ـ على خلاف الأصول الفقهية ـ الحق فى الاستقلال بمسكن الحضانة كاستثناء على الأصل العام وحدده بميعاد انتهاء حضانة

المطلقة للصغير الأمر الذى يسقط معه صحة المطلقة فى الأستمرار فى مسكن الحضانة ببلوغ آخر صغارها أقصى سن الحضانة المقرر قانوناً

ملاحظاتنا على الحكم

أجتهد هذا الحكم فأصاب ، ثم اجتهد فأخطأ فهو قد أصاب حين أعلن ـ ولأول مرة فى تاريخ القضاء فى حكم بنشور ـ أعلن الحقيقة التى اجمع عليها الفقهاء الكبار الذين يتولون شرح احكام الشريعة الإسلامية فى كليات الحقوق بجامعات مصر وهى ان المشرع قد اعطى للمطلقة الحاضنة حق الاستقلال بمسكن الزوجية (على خلاف الأصول الفقهية) .

وكان ذلك يقتضى ـ فى نظرنا ـ ان تطبق المحكمة نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التى تنص على انه (إذا تراءى لإحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون اولائحة لازم للفصل فى النزاع ، اوقفت الدعوى واحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسالة الدستورية ،

ويتفق مفهوم هذه المادة مع الحديث المعروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده .. الى الى آخر الحديث والقاضى مطالب فى عصرنا الحاضر ان يغير القانون المنكر بإحالته الى المحكمة الدستورية العليا فإذا لم يفعل فهو مخطئ .

وأخطأت المحكمة حين تمسكت بالتفسير القديم لقانون الأحوال الشخصية الجديد الذى يعطى الشقة لحاضنة الطفل الواحد ويبدو انها لم تطلع على ما كتبه الفقهاء حديثاً من ضرورة ان يكون عدد المحضونين ثلاثة ويستتبع هذا أن يسترد الزوج شقته إذا قل عدد أولاده فى سن الحضانة عن ثلاثة تطبيقا لحرفية النص والله ورسوله أعلم .

- يعجبنى الصدق فى القول والأخلاص فى العمل ، وأن تقوم المحبة بين الناس مقام القانون .

الزعيم خالد الذكر سعد زغلول

المعاملة التشريعية لحوالة الحق ودورها فى الإئتمان المصرفى

للسيد الأستاذ
شكرى محمد سيد المحامى
ببنك مصر

يتركز البحث فى هذا الموضوع حول فكرة « إنتقال الإلتزام المدنى » إذ الإلتزام فى القانون الحديث ـ وعلى العكس مما كان عليه فى القانون الرومانى ـ لم يعد علاقة تربط شخصين بالذات ، وإنما أصبح علاقة تربط ذمتين أكثر منها بين شخصين ، بمعنى أن قيمة الإلتزام ذاته قد إحتلت المرتبة الأولى فى الأهمية على حين قد توارت قيمة أشخاصه ، ذلك أنه لا يمكن أن يقوم الإلتزام إلا إذا كان هناك مدين ، ولا يكتمل إلا إذا كان هناك دائن ، لكن ليس حتماً أن يظل الدائن هو ذات الدائن وأن يظل المدين هو ذات شخص المدين ، بل يمكن أن يتغير هذا أو ذاك ودون أن يؤثر هذا التغيير على بقاء الإلتزام كالتزام .

أى أنه من الممكن بعبارة أخرى ـ وفى ظل القانون الحديث ـ أن ينتقل الإلتزام فى جانبه الإيجابى بأن يتغير شخص الدائن ، وأن ينتقل فى جانبه السلبى بأن يتغير شخص المدين ـ ومنذ القدم كان الإلتزام ينتقل فى جانبه الإيجابى أو السلبى بسبب الوفاة ، إذ تؤول للورثة أموال كانت لمورثهم المتوفى ، أو يتحملوا بالتزامات كانت عليه ، لكن الجديد حالياً هو انتقال الإلتزام أثناء الحياة أو بسبب الخلافة الخاصة ، حيث أجاز المشرع المصرى إنتقال الإلتزام أثناء الحياة فى جانبه الإيجابى وهو ما يعرف « بحوالة الحق » كما أجازة أيضاً فى جانبه السلبى وهو ما يعرف « بحوالة الدين » .

ويقتصر حديثنا فى هذا البحث على « حوالة الحق » أى « إبدال الدائن » نظراً لشيوعها وأهميتها بصفة خاصة فى مجال العمل و الائتمان المصرفى ، بحسبان أنها ليست فقط ضمانة من الضمانات الائتمانية المقررة للبنوك الدائنة، لكنها علاوة على ذلك – وفى الحقيقة المجردة – تعتبر طريقاً ميسراً وسريعاً للوفاء بديون البنك أو لإستيفاء مستحقاته دون عناء أو مشقة تذكر – وسوف نتناول هذا البحث من جماع زاوية القانون المدنى وزاوية قانون الشهر العقارى وزاوية العمل المصرفى بشكل بسيط على أن نراعى فيه أسلوب الوجازة والتلخيص وفقاً للخطة الآتية :

– *الفرع الأول* : التعريف بحوالة الحق وطبيعتها القانونية .

– *الفرع الثانى* : شروط حوالة الحق (شروط العقاد وشروط نفاذ).

– مع بيان صورة حوالة الحق فى القيمة الإيجارية .

- وصورة تنازلات المقاولين عن المستخلصات .

الفرع الثالث : الآثار المترتبة على حوالة الحق :

١- إنتقال الحق المحول إلى المحال إليه .

٢- ضمان المحيل لهذا الحق ، أثر الضمان أو مداه .

٣- إحتجاج المحال عليه بالدفوع قبل المحال إليه .

الفرع الأول

التعريف بحوالة الحق وطبيعتها القانونية

حوالة الحق : عقد مكتوب بمقتضاه ينقل الدائن حقاً له فى ذمة المدين معين إلى شخص ثالث من الغاية ، فيصبح هذا الأخير دائناً بالحق لنفس المدين ، ويسمى الدائن القديم (بالمحيل ويسمى الدلئن الجديد (بالمحال إليه) ، ويسمى المدين (بالمحال عليه) ويسمى الحق (بالحق المحول) .

وعقد الحوالة ينعقد بين المحيل والمحال إليه فقط ، وأما المحال عليه (المدين) فليس طرفاً فيها ولا شأن له بإنعقادها ، أى أنها تتم بدون حاجة إلى رضاء المدين المحال عليه أى أنها تصرف ناقل لحق المحيل - الموجود بذمة المدين إلى صالح المحال إليه وحدة (المادة ٣٠٣ مدنى) .

وصور عقود الحوالة متعددة ولم يرد عليها حصر أو تحديد ، فقد تأخذ شكل عقود البيع حيث يبيع الدائن حقه لشخص آخر مبلغ من المال يؤدى بوصفه ثمنٍ ، وتتعدد البواعث التى تدفع الدائن إلى بيع حقه لدى المدين المحال عليه يكون مؤجلاً ، وقد يكون الدائن المحيل غير واثق فى قدرته على إستيفاء الحق فيبيعه لشخص تتوافر له تلك القدرة .

وقد تنعقد الحوالة غلى سبيل المثال بمقابل (الإعتياض فى الوفاء) كما لو كان (أ) يداين (ب) بمبلغ ألف جنيه فى حين أن (ج) يداين (أ) بمبلغ مماثل ، فيتفق (أ) مع (ج) على أن يحول له حقه لدى (ب) فإذا تم هذا الإتفاق ، كان دين (ج) على (أ) لذلك منقضياً .

هذا وقد تنعقد الحوالة أيضاً على سبيل التبرع : فيقوم (أ) بحوالة حقه لدى (ب) إلى (ج) دون أن يقتض من (ج) أى مقابل ، بل تدفعه إلى ذلك نية التبرع .

* والشائع فى تعاملات البنوك أن تتم الحوالة على سبيل التأمينات الشخصية والضمانات فى مجال الإئتمان المصرفى ، وقد تأخذ صورة حوالة المؤجل حقه فى الأجرة قبل المسأجرين إلى البنك المقرض ، أو قد تأخذ صورة حوالة المؤجر حقه فى الأجرة قبل المستأجرين إلى البنك المقرض ، أو قد تأخذ صورة تنازل المقاول عن حقوقه فى عملية مناقصة لدى الغير وهى ما تسمى بلغة أقلام الحسابات " تنازله عن المستخلصات " لصالح البنك الدائن (المحال إليه) ، وسوف نتعرض لهاتين الصورتين بموجز لأهم أحكامهما فيما بعد قليل.

* وصفوة القول أن الحوالة فى التكييف القانونى الدقيق وإن كانت عقداً ينعقد كتابة بين المحيل والمحال إليه إلا أنها

ليست عقداً بالمعنى الدارك أو العادى فى العقود المسماة ، إنما هى " قالب تعاقدى يصب فيه عقد آخر " .

* وينبنى على ذلك أن القواعد التى تنظم حوالة معينة ليست هى فقط القواعد الواردة فى باب حوالة الحق فى المواد ما بين ٣٠٣ - ٣١٤ من القانون المدنى ، ولكن تنظمه أيضاً القواعد المنوطة بالعقد الآخر الذى إنصب أو إندمج فى عقد الحوالة أو الذى يكون موضوعاً للحوالة (بيع - هبة - إيجار - مقاولة ..) .

(راجع : السنهورى - الوسيط - ج٢ ، د. عبد الحى حجازى - نظرية الإلتزام ج٢ ، د. إسماعيل غانم - نظرية الإلتزام - ج٢) .

الفرع الثانى

شروط حوالة الحق (شروط إنعقاد - شروط نفاذ)

بالنسبة لشروط إنعقاد الحوالة :

فالحوالة عقد ينعقد ما بين المحيل والمحال إليه ، إذ أن المدين المحال عليه لا شأن له بإنعقادها وليس طرفاً فيها فتتم دون حاجة لرضائه (م٣٠٣ مدنى) ولذا فيشترط لإنعقاد الحوالة كافة شروط الإنعقاد التى تسرى على شتى العقود من ركن الرضا والسبب المحل ، وليس هنا مجال للحديث عن هذه الأركان المستقرة . لكن فيما يتعلق بركن المحل - أى محل الحوالة " الحق المحول " فيلاحظ أنه وإن كانت القاعدة هى جواز حوالة الحقوق سواء كانت موصوفة أو بسيطة وسواء كانت مدنية أو تجارية إلا إن المادتين (٣٠٣ - ٣٠٤) مدنى قد أوردتا إستثناءات على هذه القاعدة : فيجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام - ولا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز .

وقد شرحت مذكرة المشروع التمهيدى حكم هاتين المادتين فقالت : وإذا كان الأصل فى الحقوق هو جواز الحوالة ، إلا أن هذا الأصل لا يجرى على إطلاقه ، بل ترد عليه إستثناءات ثلاثة - فقد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحوالة كما لو إشترط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الإيجار ، أو كما تشترط البنوك بالنسبة إلى بعض الإيصالات التى تسلمها للعملاء بأنها غير قابلة للتحويل فيتقيد الدائن بهذا الإتفاق .

وقد تمتنع الحوالة دون حاجة لإتفاق خاص إذا كان الحق منافياً بطبيعته لفكرة إبدال الدائن كما هو الشأن فى الإلتزامات التى يكون فيها لشخصية المتعاقد الإعتبار الأول ، وأخيراً قد يقضى القانون كذلك بمنع الحوالة كما فى الحقوق غير القابلة للحجز عليها ، فحيث لا يكون الحق قابلة للحجز عليه يمتنع التصرف فيه وبالعكس ، والحق الذى يكون غير قابل للحجز فى شق منه فحسب ، لا تمتنع حوالته إلا فى حدود هذا الشق وحده .

بالنسبة لشروط نفاذ الحوالة :
(فى حق المدين - قبل الغير) .

قضت المادة ٣٠٥ مدنى بأن

" الحوالة لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ "

ونفاذ الحوالة معناه : أنها ترتب الآثار التى سنعرض لها بعد قليل فى مواجهة المدين (المحال عليه) والغير ، إما المحال إليه فلا إشكال فيه .

(١) نفاذ الحوالة فى الحق المدين :

إشترط المشرع علم المدين بوقوع الحوالة حتى يمكن أن تنفذ فى حقه ، وإشترط لتوافر هذا العلم وقوع واحد من أمرين إما قبوله وإما إعلانه :

* قبول المدين للحوالة :

ومعناه أنه يقر بعلمه بحصول الحوالة ، وهذا الإقرار لابد أن يكون لاحقاً على وقوع الحوالة ، ولكى يعتد "بقبول " المدين يلزم أن يكون هذا القبول لاحقاً على حصول الحوالة ، ومن ثم فإذا إشترط الدائن على المدين (عند نشوء الدين) أنه يقبل سلفاً للحوالة التى يبرمها الدائن فيما بعد فإن رضاء المدين بذلك لا يجعل الحوالة لاحقة نافذة فى حقه ، بل يتعين لذلك أن يقبلها بعد وقوعها قبولاً جديداً ويستوى فى القبول أن يكون صريحاً أو ضمنياً لأن المشرع لم يشترط فيه أى شخص خاص .

* إعلان المدين بالحوالة :

ويتم هذا الإعلان إما بورقة توجه إلى المدين (المحال عليه) - بناء على طلب المحيل أو المحال إليه - وفقاً للأوضاع الخاصة بأوراق المحضرين ، وإما بورقة مثل صحيفة تكليف بالحضور ، ويكفى فى هذه أو تلك أن تتضمن ما يفيد حصول الحوالة وشروطها الجوهرية .

(٢) نفاذ الحوالة فى حق الغير :

ويقصد بالغير هنا : كل من اعتمد على أن الحق لا يزال للدائن المحيل ، ويلاحظ أن الحوالة هنا تنفذ فى حق الغير لمجرد نفاذها فى حق المدين ، فالمشرع قد إفترض علم الغير بالحوالة بمجرد وقوع علم المدين ، أى أنه متى قبل المدين الحوالة أو أعلن بها ، إفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس أن الغير قد علم بالحوالة أيضاً ، فتكون بذلك نافذة فى حقه ومرتبه لكل آثارها القانونية .

وهنا تثور مشكلة " الإحتجاج بتاريخ علم المدين (المحال عليه) فى مواجهة الغير " ولا تثور حيث يكون المدين قد أعلن بالحوالة لأن الإعلان يتم بورقة رسمية من أوراق المحضرين ، وبالتالى فيحتج بتاريخها على الناس كافة - لكن المشكلة تدق حيث يكون المدين قد علم بالحوالة عن طريق " القبول " " أى الإقرار " فالقبول يتم بورقة عادية عرفية ولا يحتج بتاريخ الأوراق العرفية على الغير إلا منذ أن يكون هذا التاريخ ثابتاً رسمياً منعاً لحصول التواطؤ عن طريق تقديم التاريخ إضراراً بالغير - ولذا قضت المادة (٣٠٥) مدنى بأنه إذا نفذت الحوالة فى حق المدين بقبوله لها ، فيتعين لنفاذها فى حق الغير أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، ومعلوم أن إثبات التاريخ إجراء بمكتب التوثيق المختص محلياً والتابع لمصلحة الشهر العقارى .

(أحكام الإلتزام - د. أحمد سلامة ج ٢ ١٩٧٩ نظرية الإلتزام - د. لبيب شنب ١٩٨٧)

ويلاحظ فى هذا المجال بالنسبة لحوالة الحق فى الأجرة :

أنه لا يقبل إثبات تاريخ الحوالات التى يكون موضوعها التنازل عن الأجرة بعقود الإيجار إلا إذا كانت قيمتها فى حدود إجمالى أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، فإذا زادت قيمتها عن هذه الحدود ، كان من المتعين تسجيلها طبقاً للأوضاع المقررة بقانون تنظيم الشهر العقارى ، ويترتب على عدم تسجيلها أنها (أى الحوالات) لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على إجمالى أجرة الثلاث سنوات المحددة - وهذا الغير قد يكون البنك الدائن المرتهن للعقار رهناً رسمياً ، أو قد يكون المشترى الجديد الذى إنتقلت إليه ملكية العقار (المادتين ١١ . ١٢ مكرر من القانون رقم ١١٤ / ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى).

وتدق هذه المسألة فى البنوك عند موافقتها على منح العملاء (ملاك العقارات) تسهيلات إئتمانية أو قروض بضمان التنازل عن مستحقاتهم فى الأجرة لدى المستأجرون (المحال عليهم) ، إلا أن الشائع عملاً فى العرف المصرفى ألا تمنح البنوك هؤلاء العملاء تسهيلات بهذا النظام إلا فى حدود قيمة إيجار ثلاث سنوات مقدماً بإعتبار ذلك الخيار الأيسر والأبسط ، ولا مانع قانوناً من تجديده عند إنتهاء مدته إذا لزم الأمر حفاظاً على إستمرارية التعامل بين البنك وعملائه .

* وبهذه المناسبة يحسن أن نبين حكم حوالة الأجرة مقدماً لصالح بنك معين (أو أى دائن) فى حالة ما إذا كان العقار مرهوناً رسمياً لصالح بنك آخر ؟؟ وقد تكفلت المادة (١٠٤٦ مدنى) بمواجهة هذه الحالة الخاصة فقضت بما يلى :

أ - إذا كانت الحوالة عن إجمالى أجرة فى حدود ثلاث سنوات فقط فلا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ب - أما إذا كانت الحوالة منعقدة عن أجرة تجاوز ثلاث سنوات ، فلا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن الرسمى .

- فإذا كانت الحوالة غير مسجلة فتخفض مدتها لثلاث سنوات فقط ، (أى لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن إلا فى حدود أجرة ثلاث سنوات) بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

جـ - ومعلوم بداهة أن الحوالة إذا لم تكن ثابتة التاريخ أو مسجلة على هذا النحو ، فلا قيمة لها ولا نفاذ فى مواجهة الغير أياً كان .

وحكم هذه الحالة المتقدمة يكاد أن يكون تطبيقاً وتنفيذاً لجميع أحكام المادتين (١١، ١٢ مكرر من القانون ١٩٤٦/١١٤ الخاص بالشهر العقارى) والمادة (٣٠٥ ق مدنى) السالف تبيانهم

وبالنسبة لصورة الإقراض بضمان تنازلات المقاولين عن المستخلصات:

فقد ترسو عملية إنشاء مبنى حكومى (مثلا) على أحد

المقاولين فى مناقصة عامة ، ولما كان ذلك يتطلب أموالاً كبيرة قد يعجز المقاول الفرد عن تحملها ، لذلك نجده يلجأ إلى أحد البنوك ليقرضه المال اللازم ، مقابل أن يتنازل للبنك عن قيمة تلك العملية وأن يصرح للجهة صاحبة العملية بأن تصرف للبنك رأساً جميع المبالغ التى تستحق له عن هذه العملية . ويقوم البنك عند ورود كل دفعة (مستخلص) بصرف نسبة معينة من قيمتها للمقاول ، ثم خصم باقى تلك القيمة من الرصيد المدين المستحق للبنك على هذا المقاول ويتم ذلك دورياً حتى سداد كامل قيمة القرض أو الإعتماد الممنوح له (الحجز الإدارى علماً وعملاً - للسيد الأستاذ / عبد المنعم حسنى المحامى - ط ٣ /١٩٨٢ - ص ٣٩٨ وما بعدها) .

ويحيل المقاول حقه (مستخلصاته) إلى البنك بعد أن يتم التعاقد بينه وبين الجهة طارحة المناقصة ، أما قبل التعاقد النهائى فلا توجد له حقوق يمكن أن يرد عليها التنازل (الحوالة) ، ففى المرحلة الأولى للمناقصة (وهى مرحلة فحص العطاءات) لا يصلح تنازل المقاول اللهم إلا إذا اعتبرناه « وعداً للبنك بأن يحيل إليه حقوقه » عندما يتم العقد النهائى بينه وبين الجهة طارحة المناقصة (الشركة أو المؤسسة أو الوزارة ، أو المصلحة أو الهيئة ...) وتلك مسألة تقديرية للبنك فيوافق أولاً يوافق عليها .

وحوالات أو تنازلات المقاولين محل البحث جائزة ومنظمة وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ١٩٨٣/٩ ولائحته التنفيذية ووفقا لأحكام عقد المقاولة الواردة بالقانون المدنى (المادة ٦٤٦ وما بعدها) - وفى التنازلات يكون المقاول المقترض محيلاً ، ويكون البنك المقرض محالاً إليه ومستفيداً من الحوالة ، وتكون الجهة طارحة المناقصة محالاً عليها ، وتكون المستحقات الناشئة للمقاول عن تنفيذ عملية المناقصة هى الحقوق المحولة للبنك .

وإعمالاً لحكم المادة (٣٠٥ ق مدنى) فتكون الحوالة نافذة فى مواجهة الجهة طارحة المناقصة (كالحكومة) سواء بالإعلان الرسمى أو بالقبول الثابت التاريخ ، لكن مع فارق واحد هو : أن الحوالة المقبولة تفيد أنه لم يسبق قبول تنازل آخر إلى أحد آخر غير البنك المحال إليه ، وبذلك تصبح المبالغ التى ستنشأ للمقاول ملكاً للبنك المذكور ، وأما الحوالة المعلنة بيد محضر المحكمة فهى لا تؤكد للبنك عدم وجود قبول آخر أو سابق ، فربما كانت الجهة الحكومية قد سبق لها أن قبلت تنازلاً لصالح شخص آخر ، فلا تجدى الحوالة الجديدة المعلنة شيئاً للبنك لأن حقوق المقاول تكون قد انتقلت (كما سنرى فى الآثار) إلى غيره قبل أن يعلن البنك الحوالة الصادرة لصالحه فلا تصادف محلاً ، وبالتالى فلا يستطيع أستيفاء دينه لدى المقاول المقترض .

ويمكن أن تسد هذه الثغرة وينتهى خطرها بمجرد أن تصل للبنك « قيمة مستخلص واحد » من حقوق المقاول ، إذ أن ذلك يقطع الشك ويؤكد عدم وجود حوالة آخرى مقبولة ، كما يفيد قبول الجهة الحكومية للحوالة ـ أى تصبح الحوالة نافذة بالإعلان وبالقبول معاً بعد أن كانت قائمة بالإعلان وحده ـ ويستطيع البنك أن يستفيد من هذه الفكرة بأن يجعل صرف مبالغ للمقاول من قيمة القرض أو الاعتماد المتفق عليه متوقفاً ـ فى حالة الإعلان ـ على ورود قيمة مستخلص واحد ، أو يصرف له جزءاً من قيمة القرض ، ويعلق الباقى على ورود مستخلص واحد من حقوق المقاول ، وعندئذ يصرف إليه باقى القرض .

هذا ولا يجوز إعلان الحوالة الصادرة من المقاول إلى وكيل عن صاحب العمل تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقاول ، بل يجب إعلان الحوالة لصاحب العمل نفسه حتى تنفيذ فى حقه . (السنهورى ـ الوجيز ـ ص ١٠٦٥ ـ هامش رقم ٣) .

وكثيراً ما يرتبط منح الائتمان لمقاول بضمان حوالة حقوقه ، بإصدار خطاب ضمان نهائى يضمن تنفيذ العملية المتعاقد عليها ، ويجب أن يأخذ البنك فى اعتباره أن المقاول قد يتوقف عن التنفيذ ، وبذلك لا تنشأ له حقوق قبل الجهة الحكومية لأنه لم يؤد العمل المنوط به ، ومن ناحية أخرى تطلب هذه الجهة من البنك أن يدفع لها قيمة خطاب الضمان فيتعرض البنك للخسارة أو المخاطرة من الناحيتين ـ ولهذا فإن تنازل المقاول عن حقوقه فى المناقصات لا يعد ضماناً كافياً فى حد ذاته ، بقدر ما يمكن إعتباره طريقاً من طرق الوفاء الميسرة ـ ومن ثم يحرص البنك عادة على أن يقتضى ضمانات أخرى شخصية أو عينية من المقاول تغطى هذه المخاطر .

* وأخيراً قد يواجه البنك مشكلة حادة إذا كان هناك « مقاول من الباطن أو عمال يستخدمون حق الإمتياز المقرر لهم وفقاً للمادة ٦٦٢ ق مدنى » : إذ يصبحون فى وضع متميز عن البنك المحال إليه فيحصلون على حقوقهم بالأفضلية عليه سواء استخدموا فى ذلك طريق الحجز تحت يد المحال عليه أو طريق الدعوى المباشرة .

ـ ولا حل لهذه المشكلة سوى أن يضع البنك شرطاً يمنع عميله (المقاول) من إستخدام مقاولين من الباطن ، أو يسمح له باستخدامهم بشرط أن يضمنوا المقاول الأصلى (المحيل) فى التسهيلات الممنوحة له ، وأما حقوق عمال المقاول فلا سبيل إلى التغلب عليها ، ويزداد موقف البنك خطورة إذا تعمد المقاول الأصلى (المحيل) عدم الوفاء لعماله بحقوقهم حتى يلجأوا هم للحجز على مستحقاته تحت يد رب العمل (الجهة الحكومية المحال عليها) ، وبذلك يضعف أو يزول ضمان البنك المحال إليه ، وليس لمشكلة العمال حل إلا بإنقاص أجرة العمالة من جملة المبالغ المتنازل عنها (المحولة) ، وعدم تعويل البنك عليها كضمان من بداية الأمر ، فإذا كانت العمالة فى تقدير البنك

تساوى ربع المبالغ المحولة ، اعتبر البنك أن ضماناته فى الحوالة هى ثلاثة أرباع قيمة هذه المبالغ ، وعلى ضوء ذلك التقدير يتمكن البنك من إقراض المقاول التسهيلات الائتمانية المناسبة أو الملائمة

(راجع فى ذلك : عمليات البنوك من الوجهة القانونية - للدكتور على جمال الدين عوض القاهرة - ١٩٦٩ و ١٩٨٠ - وراجع : موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية - للدكتور محيى الدين أسماعيل علم الدين - جـ ٢ - ١٩٨٧).

وبذلك نكون قد أنتهينا من الحديث عن موجز لشروط حوالة الحق سواء من ناحية الإنعقاد أو من ناحية النفاذ فى مواجهة المدين المحال عليه وفى مواجهة الغير - وإليك الآن ملخص لأهم آثار الحوالة الصحيحة النافذة :

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على حوالة الحق

يترتب على أنعقاد الحوالة ونفاذها قانوناً أن يخرج الحق المحول من ذمة الدائن المحيل ليدخل فى ذمة الدائن المحال إليه ، لأن حواله الحق - فى جوهرها - تصرف ناقل لحق المحيل إلى المحال إليه المستفيد - والقاعدة أن من ينقل حقاً يضمنه ، لذا كانت آثار الحوالة هى إنتقال الحق المحول إلى المحال إليه ، وضمان المحيل لهذا الحق المحول سواء أكان ضماناً قانونياً أو كان ضماناً اتفاقياً ، وكذلك احتجاج المدين فى مواجهة المحال إليه على البيان الجوهرى التالى : -

أولاً : إنتقال الحق المحول من المحيل إلى المحال إليه :

أبرزت المادتان ٣٠٦ - ٣٠٧ مدنى الأثر الناقل للحوالة ، فأكدتا أن الحق ينتقل إلى المحال إليه بمقتضى عقد الحوالة ، وأكدتا أن حوالة الحق و ضماناته كالكفالة والامتيازات والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد أو أقساط . فمعلوم أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، لكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام وفقاً لحكم المادة ١٤٨ /٢ ق مدنى - وتطبيقاً لذلك بينت المادة ٣٠٧ مدنى ما ينتقل مع الحق المحول من مستلزمات أو توابع أو ضمانات ، غير أن وقت الإنتقال هذا قد يختلف بالنسبة للمحيل عنه بالنسبة للمدين المحال عليه أو بالنسبة للغير ، وهو ما يحتاج لبسط الإيضاح الآتى :

١ - إنتقال الحق وتوابعه او ضماناته :

واما الحق فهو : ذات الدين الموجود بذمة المدين المحال عليه سواء تعلق بشئ معين بالذات أو غير معين بالذات ، والمقصود بذات الدين هو نفس الاداء الذى كان للمحيل أن يجبر المدين (المحال عليه) على ادائه كما وكيفاً ، بغض النظر عما إذا كانت الحوالة قد تمت بعوض أو تمت تبرعاً - ويدخل فى مدلول نفس الحق : صفاته وأوصافه ، كأن يكون تجارياً أو مدنياً أو ثابتاً فى سند تنفيذى أو أن يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو أن يكون معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ...

وأما التوابع فهي : ضمانات الحق من تأمينات شخصية كالكفالة أو تأمينات عينية كالرهن أو الإختصاص والإمتياز ... مع مراعاة الأمر حيث يكون هذا الضمان عقارياً .

فإنه ينبغي ينبغي التأشير بالحوالة على هامش قيد الضمان بالشهر العقاري حتى يحتج بانتقال هذا الضمان على الغير ، ويعتبر من التوابع كذلك : وسائل التنفيذ غير المباشر (كالدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس) والحق في الفسخ ، وما يكون قد حل من الفوائد أو الإيرادات إذا لم يكن المحيل قد أستوفاها قبل انعقاد الحوالة ، لكن الأقساط التي تكون قد أستحقت قبل الحوالة ولم يكن قد أستوفاها المحيل ، فإنها تكون جزءاً من ذات الدين أو الحق المحول ولا تكون من توابعه .

٢ - تحديد وقت إنتقال الحق المحول بالنسبة للمحيل :

يترتب على انعقاد الحوالة أن يخرج الحق من ذمة المحيل ليدخل في ذمة المحال إليه ومن ثم يكون على المحيل - منذ هذه اللحظة - أن يمتنع عن تلقى الوفاء من المدين المحال عليه ، كما يمتنع عليه أن يتصرف في هذا الحق بأي نوع من أنواع التصرفات إذ الحق لم يعد حقه ، فإذا أخل المحيل بذلك أو إذا أتى ما من شأنه أن ينقص الحق ، كان مسئولاً أمام المحال إليه عن تعويض الإضرار الذى تترتب على ذلك.

٣- تحديد وقت إنتقال الحق المحول بالنسبة للمدين المحال عليه :

ينتقل الحق بالنسبة للمحال عليه منذ اللحظة التي تكون الحوالة قد أصبحت نافذة في حقه ، أما قبل نفاذ الحوالة في حقه فإن المحيل يظل - في نظر المدين - هو الدائن ويكون له كل الحق في أن يعامله على هذا الأساس ، وبناء على ذلك إذا قام المدين بالوفاء للمحيل - قبل نفاذ الحوالة - فإن هذا الوفاء يبرىء ذمته سواء بالنسبة للمحيل أو للمحيل إليه ، أما لو تم هذا الوفاء بعد النفاذ ، فإنه لا يبرىء ذمة المدين في مواجهة المحال إليه ، إذ يكون لهذا الأخير أن يجبره على الوفاء له مرة أخرى .

ولكن هناك إستثناء يرد على هذه الحالة ويستند أساسه على قاعدة " أن الغش يفسد كل شيء " ، حيث يعلم المدين بأن الدائن قد حول حقه ، فينتهز هذا المدين فرصة أن المحال إليه لم يتخذ الإجراء الذى يجعل الحوالة نافذة في حقه ، فيقوم بالوفاء للدائن المحيل متواطئاً معه للإضرار بالمحال إليه ، حينئذ يجوز للمحال إليه أن يرجع على المدين المذكور ليستوفى الدين منه ، ولا يعصم المدين من هذا الرجوع قوله : أن الحوالة لم تكن نافذة في حقه ، لأن التواطؤ الذى أتاه يرفع عنه هذه الحماية من ناحية ، ولأن الغش يفسد كل شيء من ناحية أخرى .

٤ - تحديد وقت إنتقال الحق المحول بالنسبة للغير :

ينتقل الحق بالنسبة للغير بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حقه عملاً بحكم المادة (٣٠٥ مدنى) كما سبق القول ،

وهذه هى القاعدة البسيطة حيث لا يوجد سوى حوالة واحدة ، أو حيث لا يقوم أحد الدائنين - وهو من الغير - بتوقيع حجز تحت يد المدين المحال عليه - لكن ما الحل إذا تعددت الحوالة بحق واحد ؟؟ وما الحل إذا قام أحد الدائنين بتوقيع حجز على الحق المحول ؟؟

* وأما عن حالة تعدد الحوالة بحق واحد : فمعناها أن المحيل يقوم بحوالة نفس الحق مرتين أو أكثر ، وكل مرة بعقد مستقل ولصالح شخص مختلف ، وقد تصدت المادة (٣١٣ مدنى) لهذا التنازع قائلة " إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير " أى أن من نفذت حوالته أولاً فى حق الغير يفضل على سائر الدائنين المحال إليهم ، أى أن الحق المحول يكون له وحده دون زملائه المحال إليهم الآخرين ، وذلك بغض النظر عن تاريخ إنعقاد الحوالة فالعبرة فقط بنفاذ الحوالة قانوناً ، مع مراعاة أنه لا يعتد بالأفضلية التى تكون مبنية على الغش أو التواطؤ .

* وأما عن قيام أحد الدائنين (من الغير) بتوقيع حجز على الحق المحول تحت يد المدين المحال عليه ، فتلك حالة تصدت لها المادة (٣١٤ مدنى) ولتوضيح الحل فيها يلزم التفرقة بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

إذا كان الحجز قد حصل بعد تاريخ نفاذ الحوالة فى حق الغير ، فلا أثر لهذا الحجز لأن الدائن الحاجز فى هذا الفرض يعتبر من الغير والحوالة قد نفذت فى حقه قبل حصول الحجز ، بمعنى أن الحق المحجوز عليه لم يكن لمدينه وقت حصول الحجز تحت يده ، ولذا يختص المحال إليه وحده بكل الحق دون منازع .

الفرض الثانى :

إذا كان الحجز قد حصل قبل تاريخ نفاذ الحوالة فى حق الغير ، فإن الدائن الحاجز قد أوقع الحجز على حق مازال لمدينه ، ومن ثم يصح هذا الحجز ويرتب آثارة القانونية - وعملاً بحكم المادة (٣١٤مدنى) فإن الحوالة التى تكون نافذة فى حق الغير بعد حصول الحجز تعتبر بمثابة حجز آخر ، ولما كانت القاعدة إنه عند تزاحم الدائنين الحاجزين يقسم الدين (المحجوز عليه) بينهم قسمة غرماء ، فإن كلاً من الحاجز والمحال إليه يقتسم الحق المحول (المجوز عليه) قسمة غرماء .

الفرض الثالث :

إذا حصل حجز قبل نفاذ الحوالة ، وحصل حجز ثان بعد نفاذها ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم وبين المحال إليه وبين الحاجز المتأخر قسمة غرماء ثم يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال إليه قيمة الحوالة ، وقد تأسس هذا الحل على دعامتين ، الأولى عدم تفضيل حاجز على حاجز ، والثانية عدم الإضرار بالمحال إليه نتيجة حجز وقع بعد نفاذ الحوالة فى حق الغير .

(راجع فى ذلك : مذكرات فى أحكام الإلتزام ، أد . أحمد سلامة ج٢ - ١٩٧٩)(ونظرية الإلتزام - أد. محمد لبيب شنب ١٩٨٧ ، الحجز تحت يد البنوك - أ. عبد المنعم حسنى المحامى ١٩٦٤ ص ٢٦٤ وما بعدها).

ثانياً: ضمان المحيل للحق المحول .

وردت أحكام ضمان المحيل للحق فى المواد ٣٠٨، ٣٠٩ ،٣١٠ ق مدنى وهى قواعد مكملة فى جموعها ، أى يجوز للطرفين (المحيل والمحال إليه) أن يحددا الضمانات بشكل آخر ، فينطبق حكم المواد المذكورة فى كل حالة لا يتفق فيها الطرفان على أحكام أخرى مغايرة حيث يجوز لهما ذلك ، وإذ يسكت الطرفان فإن الضمان يوصف " بالضمان القانونى " وإذ يتفقان صراحة فإن الضمان يوصف حينئذ " بالضمان الإتفاقى " .

* وقبل أن نعرض لهاتين الصورتين ينبغى أن ننبه لقاعدة أساسية هى " أنه لا ضمان على المتبرع - ليس على المتبرع من سبيل " فإذا كانت الحوالة تبرعية ، فإذا ضمان المحيل لا يتحرك سواء أكان المحال عليه معسراً إعساراً كلياً أو جزئياً وسواء أكان هناك حق وردت عليه الحوالة أو لم يكن هناك حق بالمرة (المادة ٣٠٨ فقرة ٢ مدنى).

ولا يحد من إعمال هذه القاعدة الأصولية سوى ما تنص عليه المكادة (٣١١مدنى) من أن المحيل يكون مسئولاً عن أفعاله الشخصية حتى ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو إشترط عدم الضمان - والمقصود بهذا النص أن المتبرع وإن كان لا يلتزم بالضمان أصلاً إلا إنه على أى حال متعاقد ، وكل متعاقد عليه أن يلزم حسن النية فى تنفيذ تعاقده ، ولذا فإذا أتى المتعاقد بما يتعارض مع مبدأ حسن النية كان مخطئاً وصحت محاسبته ، يستوى فى ذلك أن يكون متبرعاً فى التعاقد أو غير متبرع ، وتكون محاسبتة هنا ليس على أساس قواعد الضمان الماثلة ، ولكن تكون على أساس الفعل الضار ، ومعلوم أن الإتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو الأتفاق على التخفيف منها يكون باطلاً فاقداً القيمة والأثر . وحديثنا بعد ذلك عن صورتى الضمان يفترض فيه أن الحوالة بعوض كما يلى :

* فبالنسبة للضمان القانونى :

فإن المحيل يضمن فقط وجود الحق المحول وقت الحوالة عملاً بحكم المادة (٣٠٨ مدنى) . والمقصود بالحق هو ذات الحق وتوابعه ومستلزماته كما أسلفا ، ويقتضى ضمان وجود الحق أن يكون الحق قائم وصحيح ، فإذا كان باطلاً أو كان صحيحاً وانقضى لأى سبب من أسباب انقضاء الإلتزام ، فإنه يكون غير موجود . والوقت الذى ينظر فيه إلى وجود الحق هو وقت انعقاد الحوالة لا وقت نفاذها ، فإذا كان الحق المحول موجوداً بهذا المفهوم فى ذلك الوقت ، كان الدائن المحيل قد أوفى بالتزامه بالضمان حتى ولو انقضى الحق بعد ذلك الوقت ، فإذا حصل عكس ذلك كان المحيل قد أخل بإلتزامه بالضمان ، فتحق عليه المسئولية تجاه المحال إليه بموجب دعوى الضمان أو بغيرها.(أ.د. أحمد سلامة - المصدر السابق) .

ويلاحظ أن الضمان القانون لا يمتد إلى ضمان يسار المدين

المحال عليه ، إذ المفروض أن المحال إليه مضارب ، ولذا فهو يتحمل مغبة عدم استيفاء كامل الحق اللهم إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان صراحة ، وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت إنعقاد الحوالة ، اللهم إلا إذا توافر اتفاق خاص يقضى بغير ذلك (المادة ٣٠٩ مدنى) .

* وبالنسبة للضمان الإتفاقى :

فمحوره أنه يجوز للمتعاقدين أن يحدد الضمانات الخاصة بالحوالة بشكل آخر مغاير للأحكام المكملة الواردة بالمواد (٣٠٨ مدنى وما بعدها) وذلك إما تشديداً وإما تخفيفاً . هذا ومن قبيل التشديد : أن يشترط المحال إليه على المحيل ضمان يسار المدين المحال عليه - ومن قبيل التخفيف : أن يتفق الطرفان على أن المحيل لا يضمن توابع الحق أو لا يضمن حتى وجود الحق ذاته .

* ولكن ما هو أثر الضمان ؟ أو ما هى حدود مسئولية المحيل عن ضمان الحق ؟؟ وفى ذلك تصدت المادة (٣١٠ مدنى) فقضت بأنه إذا رجع المحال إليه بالضمان على المحيل ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه من الدين أو الثمن مع الفوائد والمصروفات حتى ولو تم الإتفاق على غير ذلك (قاعدة آمرة) - ويراعى أن الفوائد هنا تحسب بالسعر القانونى وتحسب إعتباراً من يوم الدفع (الإستيلاء) وليس من يوم المطالبة بها قضائياً ، وأما المصروفات فيقصد بها تلك التى تكبدها المحال إليه سواء مصروفات إجراء الحوالة أو مصروفات الدعاوى أو الإجراءات القضائية سواء المقامة منه ضد المدين المحال عليه أو ضد المحيل ، وتشمل كذلك المصروفات التى تحملها أو تكبدها المحال إليه فيما قد إتخذه من اجراءات تحفظية للحفاظ على الحق المحول قبل إعلان الحوالة أو قبل مرحلة قبولها قانوناً ، حيث يجوز له ذلك عملاً بحكم المادة (٣٠٦ مدنى) .

ثالثاً : احتجاج المدين المحال عليه بكافة الدفوع :

على الرغم من أن الحوالة تنعقد ما بين المحيل والمحال إليه فقط ، ودون أن يكون المدين المحال عليه طرفاً فيها ولا شأن له بانعقادها وفقاً لحكم المادة (٣٠٣ مدنى) ، إلا أن المشرع - مع ذلك - قد خوله مكنة الإحتجاج فى مواجهة الدائن المحال إليه بأى دفع يكون له مصلحة فيه ، ويكون متعلقاً بعقد الحوالة ولذا قضت المادة (٣١٢ مدنى) بأن « للمدين المحال عليه أن يتمسك فى مواجهة المحال إليه بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه - أى فى حق المدين - كما يجوز له أن يتمسك بكافة الدفوع المستمدة من عقد الحوالة » .

ومن أمثلة هذه الدفوع : الدفع ببطلان الدين أو بانقضائه لأى سبب من الأسباب المقررة ، والدفع بانعدام الأهلية أو نقصها ، الدفوع الناتجة عن عيوب الرضا (غش - إكراه -

تدليس) ، الدفوع الناتجة عن إنعدام سبب الإلتزام (لغياب علاقة المديونية الأساسية أصلاً) أو لعدم مشروعية هذا السبب بمعنى الباعث الدافع (كأن يكون وفاءاً لرشوة أو لدين قمار أو لإرتكاب جريمة . . . .) .

هذا ولا يقيد المدين فى تمسكه بتلك الدفوع المختلفة إلا القاعدة الأصولية « أن الغش أو التواطؤ يفسد كل شئ » إضافة إلى التزامه » بالتهذيب القانونى لاستعمال الحق « أو بعبارة أخرى « عدم التعسف فى إستعمال الحق « وفقاً للحالات الواردة بنص المادة الخامسة من القانون المدنى .

ختام البحث

ومن نتائج هذا البحث فى محصلته الختامية أن حوالة الحق - سواء إتخذت صورة حوالة الحق فى القيمة الإيجارية أو صورة تنازلات المقاولين عن المستخلصات - كانت ولازالت على أهميتها وفاعليتها فى مجال العمل والائتمان المصرفى ، ذلك أنها - وفى تقديريا - ليست فحسب ضمانة شخصية من الضمانات الائتمانية المقررة للبنوك فى تعاملاتها بصفتها دائنة ، ولكنها علاوة على ذلك وفى حقيقتها المجردة تعتبر من أحسن الطرق الميسرة أو الهادئة والمهذبة للوفاء بديون البنك ، أو لإستيفاء الأخير مستحقاته كاملة لدى العملاء المدينين دون أى عناء أو متاعب ودون أى مشاغبات قضائية يكون من شأنها إعاقة اداء العمل فى الجهاز المصرفى بوجه عام .

ومن ناحية أخرى فقد تلاحظ فى المجال العملى كذلك ، أن حوالة الحق تحظى بالإقبال المتزايد والمستمر من جمهرة كبيرة من العملاء المقترضين من البنوك إذا ما قورن ذلك بالتعامل بأى صورة من صور الضمانات الأخرى المقررة كالتعامل مثلاً بضمان الرهن الرسمى سواء أكان عقارياً أو كان رهن محلاً تجارياً ، ولعل السبب فى ذلك مرجعه إلى ما تتميز به الحوالة من يسر فى الإجراءات القانونية وسرعة فى الديناميكية المصرفية ، علاوة على ما تتميز به أيضاً من قلة أو بساطة رسومها ومصروفاتها المقررة قانوناً عند إعلانها على يد محضر المحكمة أو عند إثبات تاريخ قبولها لدى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق ، مع بساطة نفقاتها وتكاليفها المتطلبة ابتداء فى مرحلة تحضيرها أومرحلة إعدادها واستيفاء أوراقها اللازمة تمهيداً لوضعها موضع التنفيذ بين المتعاقدين (العميل المحيل والبنك المحال إليه) ، على عكس الحال تماماً عند التعامل بصور الضمانات العينية الأخرى كالرهن الرسمى أو غيره ، ويكفى القول فى هذه الميزة أن ضمانات البنك إذا كانت رسمية (كالرهن الرسمى بنوعيه) فإنه يلزم عند انتهاء التعامل أو عند سداد المديونية ، إجراء شطب هذا الضمان رسمياً أيضاً وحينئذ يتحمل العميل برسوم ومصاريف جديدة لاجراء هذا الشطب لدى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق ، على حين أنه لا يتكبد أى شئ من ذلك إذا ما كان التعامل بضمان حوالة الحق ، لأن الحوالة بطبيعتها - وفى الحالات العادية لا يلزم لها اجراء ختامى مثل اجراء الشطب الرسمى .

ومن ثم فإن ما يمكن اعتباره « عيوباً تشريعية أو عيوباً عملية » فى نظام التعامل بالضمانات أو التأمينات العينية الرسمية ، يمكن فى ذات الوقت - وعلى النقيض فى الوجه الآخر - إعتباره أيضاً « مزايا أو مواطن الجمال » فى نظام التعامل بالضمانات الشخصية وعلى رأسها « حوالة الحق » وهذه رؤية واقعية - على الأقل - من منظور العميل المدين نفسه ، إن لم تكن من منظور البنك الدائن أيضاً وفقاً لسياسته فى الائتمان المصرفى .

هذا وقد حاولنا - مجتهدين - أن تتناول هذا البحث المبسط من جماع ثلاث نواحي متكاملة ومترابطة مع بعضها إرتباطاً وثيقاً لا يقبل أى تجزئة ، فتحدثنا عن حوالة الحق من ناحية موقف المشرع منها فى القانون المدنى (المواد ٣٠٣ وما بعدها) ثم موقفه منها فى أحكام قانون الشهر العقارى الحالى (المادتان ١١ ، ١٢ مكرر) ، ثم التعامل بها أو تطبيقها لدى البنوك فى مجال الائتمان المصرفى مع التدليل بأن مزاياها أو محسانها أكثر وأهم جداً من عيوبها إذا وجدت .

لذلك أوضحنا فى الفرع الأول تعريف الحوالة وطبيعتها القانونية ، ثم بعد ذلك أوضحنا فى الفرع الثانى شروط انعقادها ثم شروط نفاذها قانوناً سواء فى حق المدين المحال عليه أو نفاذها فى مواجهة الغير أياً كان موقعه ، وهنا أشرنا لبعض الأحكام الخاصة بصورة حوالة الحق فى الأجرة لدى المستأجرين ، ثم أتبعناها ببعض الأحكام الخاصة بصورة تنازل المقاولين عن المستخلصات لدى الجهة طارحة المناقصة ، وبعد ذلك أوردنا فى الفرع الثالث من البحث موجزاً لأهم الآثار القانونية الجميلة المترتبة على حوالة الحق ، ومنها انتقال الحق المحول من جانب المحيل إلى جانب المحال إليه (البنك الدائن) ، وهنا أوضحنا الموقف بالنسبة لحالة تعدد الحوالة بحق واحد ، والموقف فى حالة قيام أحد الدائنين من الغير بتوقيع حجز تحت يد المدين على الحق موضوع الحوالة ، وبعد ذلك تحدثنا عن ضمان المحيل للحق المحول بما فى ذلك صورة الضمان القانونى وصورة الضمان الإتفاقى ، وكذلك أثر هذا الضمان فى مواجهة الدائن ولنا أثرا إضافياً خاصاً مسئوليته عن الضمان فى هذا المجال ، وأخيرا تناولنا أثرا إضافياً خاصاً بأحقية المدين المحال عليه فى الإحتجاج على المحال إليه (البنك) بكافة الدفوع المرتبطة بحوالة الحق .

تم البحث بفضل وعطف من الله ؟

« من اجتهد وأصاب فله عند الله أجران ، ومن أجتهد وأخطأ فله عند الله أجر واحد » والله نسأل أن يكون لنا هذا الأجر الكريم ؟

فى رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء إنتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. أفتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً .. ويتضرع المجلس إلى العلى القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر والسلوان .

الأستاذ / يعقوب جوده المحامى

الأستاذ / احمد بدر عليه المحامى

الأستاذ / فتحى محمود سلامه المحامى

الأستاذ / حسن احمد عيد المحامى

الأستاذ / إبراهيم باسيلى إبراهيم المحامى

الأستاذ / سعيد خلسه المحامى

الأستاذ / كامل رضوان المحامى

الأستاذ / لويس زكى غبريال المحامى

الأستاذ / عباس بركات عباس المحامى

الأستاذ / محمود يحيى حمدى المحامى

الأستاذ / عبد الفتاح مجدى المحامى

الأستاذ / سمير امام الزهيرى المحامى

الأستاذ / مصطفى حنفى حسن المحامى

الأستاذ / عدلى أمين فكرى المحامى

الأستاذ / فتحى لوقا شنوده المحامى

الأستاذ / محمد عبد الحليم مهنا المحامى

الأستاذ / محمد حمدى طاهر المحامى

الأستاذ / حسن الجمل المحامى

فهرس العدد

الموضـــوع : الصفحة

مقالات في كلمات

أحسن الكلام ما صدق فيه قائله ، وأنتفع بـه سامعه .

آرسـطو

* * *

اللهم أسألك الغنى فى الدنيا ، وأعوذ بك من الرغبة فيها ، وأسألك الزهد فى الدنيا ، وأعوذ بك من الفقر فيها .

الفضل بن عياض

* * *

الأمانة هى الفصل الأول فى كتاب الحكمة .

توماس جيفرسون

* * *

أفضل الحياة فى ظل صحافة بلا حكومة عن الحياة فى ظل حكومة بلا صحافة .

إبراهام لنكولن

* * *

ليس الشرف أن تحصل على تكريم ، وإنما أن تكون مستحقاً لهذا التكريم .

آرسـطو

* * *

الذين يصنعون التاريخ ليس لديهم وقت لكتابته .

صمويل بيكر

* * *

الصديق المزيف كالظل ، يمشى ورائى عندما أكون فى الشمس ، ويختفى عندما أكون فى الظلام .

جبران خليل مطران

* * *

قد تخفى الثياب الجميلة حقيقة الإنسان .. ولكن الكلمات الحمقاء سوف تكشفه بسهولة .

جان جاك روسو

قالوا عن المحاماة

إن إستقلال المحاماة عزيز على العدالة كما هو عزيز عند المحامين . ولولا حرية المحامين فى أن يناقشوا وينتقدوا أحكام القضاء نفسه لتكررت الأخطاء وتراكمت . واستحال إصلاحها وتجنبها . ولأصبحت المحاكم مصدراً للمظالم بدلاً مما هى الآن عنوان الحقيقة والعدل .

« المحامى الفرنسى بيرونيه »

دار وهدان للطباعة
ت: ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤

المحاماة

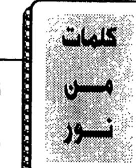
تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

العددان السابع والثامن – سبتمبر واكتوبر ١٩٩١ – السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ

صدق الله العظيم



قال ﷺ :

من ولى من أمر المسلمين شيئاً ، فولى رجلاً وهو يجد من هو أصلح منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين .

• • •

وقال ﷺ :

ليس خيركم من ترك الدنيا للآخرة ، ولا الآخرة للدنيا ، ولكن خيركم من أخذ هذه وهذه .

• • •

وقال ﷺ :

إن هذا الدين متين ، فأوغلوا فيه برفق ، فإن المنبت لا أرضاً قطع ، ولا ظهراً أبقى .

• • •

وقال ﷺ :

دع ما يريبك إلى ما لا يريبك .

• • •

وقال ﷺ :

لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه .

• • •

وقال ﷺ :

البر حسن الخلق ، والإثم ما حاك فى نفسك ، وكرهت أن يطلع الناس عليه .

• • •

وقال ﷺ :

آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

تـقـــــديـم

للسـيـد الاسـتـاذ
عصمت الهـوارى
المحامى
سكرتير التحرير

وبالعدل تستقيم الأمور ..

إن العدل فى الأمة هو عنوان حضارتها وارتقائها .. هو عامل جوهرى من عوامل تقدمها ورخائها .. ولا نغالى إذا قلنا أنه سبب وجودها وبقائها .. لأنه الدرع الواقى لكل ابنائها .. والملاذ الباقى لكل مظلوم .. به تتأكد آدمية وحقوق الانسان .. وبه يتحقق الأمن والأمان .. وبه يختفى القهر والبطش والطغيان .. إنه العدل الذى تستقيم به كل الأمور ..!

ويروى لنا التاريخ أن أحد الولاة فى صدر الاسلام كتب إلى أمير المؤمنين الخليفة عمر بن عبد العزيز يستأذنه فى استخدام العنف ضد أهل مدينة يتولى شئونها .. وأورد هذا الوالى فى كتابه أن أهل تلك المدينة لايصلحون إلا بالسيف والسوط .. فكتب إليه أمير المؤمنين كتابا تضمن عبارة قصيرة جازمة وحازمة . إذ قال له (كذبت أيها الوالى .. بل يصلحهم العدل والحق ، فأبسط ذلك فيهم ، واعلم أن الله لايحب المفسدين) ..!!

كما يروى التاريخ كذلك أن واليا طلب من ذات الخليفة مزيدا من سلاح وعتاد وجنود ، فرد عليه أمير المؤمنين قائلا (لاتحصنها بالجند ، ولكن حصنها بالعدل) ..!!

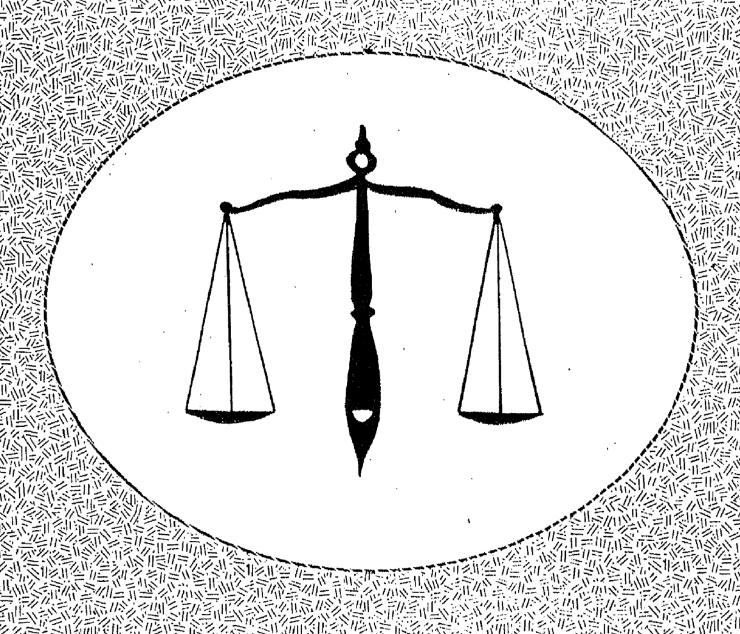
إن هذا الذى سطره الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز ، يؤكد أن قوة الحاكم فيما يبسطه من عدل ، خير له وأبقى من قوة يستمدها من جند .. فالجند لاتفرض إلا القهر والخوف ، أما العدل فإنه مصدر كل أمن وآمان واستقرار .. فليس لحاكم أن يزهو بسلاح أعده لمواجهة شعبه ، وإنما له أن يزهو ويفخر بعدله الذى سوف يسأل عنه أمام ربه ..!!

إن العدل فى أمة ليس منحة من الحاكم إلى شعبه .. وليس صدقة يتصدق بها على رعاياه .. وليس شعارا أجوفا بغير مضمون .. وإنما العدل التزام فرضه الخالق على كل مخلوق .. فكان حقا على كل حاكم أن تتفجر ينابيع العدل فى نفسه وحسه .. فلا يطمع قريب من قرابته له ، ولا ييأس ضعيف من عدله .. فالجميع سواء أمام عدل الحاكم كأسنان المشط .. فبالعدل يقوم مجتمع لا عصمة لأحد فيه من سيف القانون القاطع الذى لا يفرق بين قوى وضعيف ، أو غنى وفقير ، أو قريب وبعيد ، أو بين مؤيد ومعارض .. فبالعدل وحده يتم بناء الأمة .. وبه وحده تستقيم الأمور ..!!

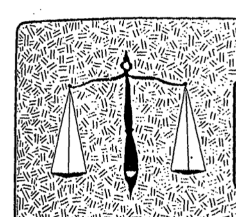
تعلمنا من تقاليدنا أن القضاء هو أمننا ، وهو حصننا ، ولقد ظل فى مصر - حتى الآن - أملنا وحصننا وهو فى ذات الوقت أمان للحاكم وحصن له .

الأستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



مبادىء النقض فى المواد المدنية

(١)

جلسة ١٩٨٩/١/٥

(١) مسئولية «المسئولية التقصيرية: المسئولية الشيئية».

مسئولية حارس الأشياء م ١٧٨ مدنى . مناطها.

(٢) مسئولية . مرافق عامة.

مسئولية وحدات الحكم المحلى عن حراسة شبكات الادارة العامة فى المدن والقرى. أساسها.

(٣) دعوى «سبب الدعوى» . تعويض . مسئولية . محكمة الموضوع .

محكمة الموضوع. التزامها بتحديد الأساس القانونى الصحيح للمسئولية فى دعوى التعويض . عدم تقيدها بأسانيد المضرور . لا يعد ذلك تغييرا للسبب فيها . علة ذلك .

الحراسة الموجبة للمسئولية طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعى أو المعنوى على الشىء سيطرة فعلية فى الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه .

٢ - مؤدى نص المادة الثانية من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ - الذى يحكم واقعة الدعوى - بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ والمادة التاسعة عشر من اللائحة التنفيذية لهذا القانون أنه أصبح بصدور القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٩ منوطا بوحدات الحكم المحلى تولى أعمال انشاء وصيانة شبكات الانارة العامة فى مختلف المدن والقرى فتكون هذه الوحدات فى مدلول حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى حارسة على هذه الشبكات باعتبارها الجهة ذات الهيمنة والسيطرة الفعلية عليها بما أسند اليها قانونا مهام انشائها واستعمالها وصيانتها والرقابة على ما يتصل باستهلاك طاقة الكهرباء، ولا يسوغ انصراف الحراسة الى الشركة الطاعنة والتى يبين من استقراء القرار رقم ٢٢١ لسنة ١٩٧٨ الصادر من رئيس مجلس الوزراء بتأسيسها أن الغرض من انشائها هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين بمحافظات مصر الوسطى فلا يعتبر قيامها بهذا المعنى من شأنه أن يخرج شبكات الانارة العامة من السلطة الفعلية لوحدات الحكم المحلى وفقا لما استهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ولائحته التنفيذية.

٣ - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يتعين على محكمة الموضوع فى

كل حال أن تنقضى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها، باعتبار أن كل ما تولد به للمضرور من حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أضر به أو تسبب فيه انما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض، مهما كانت طبيعة المسئولية التى استند اليها المضرور فى تأييد طلبه ، أو النص القانونى الذى - اعتمد عليه فى ذلك، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ولا يعد ذلك تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها.

(الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٥٦ ق)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

(١) حكم «تمثيل النيابة» . ضرائب . دعوى.

حضور النيابة عند النطق بالحكم . غير لازم . م ٢/٩١ مرافعات.

(٢ ، ٣) حكم «تسبيب الحكم» . محكمة الموضوع . خبرة.

(٢) قرار لجنة الطعن الضريبى . تأييده والاحالة الى اسبابه واعتباره جزءا متمما للحكم . لا عيب.

(٣) محكمة الموضوع . عدم التزامها باجابة طلب تعيين خبير آخر متى وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها.

١ - لما كان حضور النيابة عند النطق بالحكم غير لازم عملا بنص المادة ٢/٩١ من قانون المرافعات وكان الثابت من محاضر جلسات محكمة الاستئناف بأن النيابة قد مثلت اثناء نظر الاستئناف فإن نعى النيابة على الحكم المطعون خلو ديباجته ومحضر جلسة النطق به مما يفيد تمثيل النيابة يكون فى غير محله.

٢ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه بحسب الحكم المطعون فيه أن يؤيد قرار لجنة الطعن المودع ملف الدعوى ويحيل الى أسباب ليكون ما يحويه هذا القرار من وقائع وأسباب ورد على دفاع الطاعنين جزءا متمما ولا يعيبه أنه لم يدون تلك الأسباب ويرصدها كلها أو بعضها، ما دامت قد أصبحت بهذه الاحالة ملحقة به.

٣ - المحكمة غير ملزمة باجابة طلب تعيين خبيرا متى كانت قد وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها.

(الطعن رقم ٢٢١٠ لسنة ٥٣ ق)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

«مسئولية» - مسئولية الناقل الجوى ؛ معاهدات . «نقل جوى».

دعوى المسئولية قبل الناقل الجوى عن تعويض التلف فى الامتعة والبضائع. شرط قبولها. توجيه المرسل اليه الى الناقل الاحتجاج المنصوص عليه فى المادة ٢٦ من اتفاقية فارسوفيا المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاى فى المواعيد المقررة . تخلف ذلك .

أثره . عدم قبول الدعوى الا فى حالة التدليس من جانب الناقل .

مفاد ما نصت عليه المادة ٢٦ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاى فى ١٩٥٥/٩/٢٨ ، والتى وافقت مصر عليها بالقانونين رقمى ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥، أنه فى حالة اكتشاف تلف فى البضاعة يجب على المرسل اليه أن يوجه الى الناقل بمجرد ذلك احتجاجا فى شكل تحفظ على سند الشحن أو فى صورة محرر آخر خلال سبعة ايام على الأكثر إذا تعلق الأمر بالامتعة واربعة عشر يوما إذا تعلق الأمر بالبضائع وذلك من تاريخ استلامها ، فإذا لم يوجه الاحتجاج فى المدة المذكورة ، كانت دعواه ضد الناقل غير مقبولة الا فى حالة التدليس من جانب الأخير.

(الطعن رقم ٣٠٣٢ لسنة ٥٧ ق)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/١/١٠

رسوم «الرسوم على الأوراق».

عدم تحديد الموارد المالية والرسوم المحلية طبقا لأحكام القانونين ٥٢ لسنة ١٩٧٥، ٤٣ لسنة ١٩٧٩ . مؤداه. وجوب تطبيق قرار وزير الادارة المحلية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩٧١ بشأنها. م ١/٣ ، ١/٤ من القانونين المذكورين (مثال بشأن الرسوم على الأوراق).

لما كانت الفقرة الأولى من كل من المادة الثالثة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والمادة الرابعة من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧١ قد نصت على أن «يعمل بأحكام قرار وزير الادارة المحلية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩٧١ والقرارات المكملة له بشأن الموارد المالية والرسوم المحلية وذلك حتى تحدد هذه الموارد والرسوم طبقا للأحكام الواردة فى القانون المرافق ، وكانت الرسوم على الاسواق المرخص فى ادارتها للأفراد - موضوع النزاع المطروح - لم تحدد طبقا لأحكام أى من هذين القانونين فإن قرار وزير الادارة المحلية المشار اليه - والذى يفرض تلك الرسوم بواقع ٣٥ مليما فى كل متر مربع من مساحة السوق - يكون هو الواجب التطبيق ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على عدم أحقية جهة الادارة فى مطالبة المطعون ضده بالرسوم موضوع الدعوى تأسيسا على أن الأوراق خلت مما يدل على اتباع الاجراءات التى يستلزمها القانون لتحديد تلك الرسوم، فإنه يكون قد خالف القانون.

(الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٥٣ ق)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) حكم «تسبيب الحكم» محكمة الموضوع «سلطتها فى تقدير الدليل» . تعويض .

سلطة محكمة الموضوع فى فهم الواقع فى الدعوى واستخلاص ما تطمئن اليه متى كان استخلاصها سائغا لها تقدير اقوال الشهود . وان تعتمد فى استجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح أمامها حتما ولو كان تحقيق للشرطة . مثال غرق طفل فى حمام سباحة.

(٢) حكم «تسبيب الحكم» . محكمة الموضوع «سلطتها فى تقدير الدليل» . نقض .

عدم التزام محكمة الموضوع بايراد كل حجج الخصوم وتفصيلات دفاعهم والرد عليها استقلالا

ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها الرد المسقط لكل حجة تخالفها . الجدل الموضوعى فى تقدير الادلة عدم جواز اثارته امام محكمة النقض.

(٣) مسئولية «مسئولية تقصيرية» . «المسئولية الشيئية» . تعويض .

الشيء فى حكم المادة ١٧٨ مدنى . ما هيته ما تقضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بظروفه وملابساته بأن أصبح فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . مثال . حمام السباحة من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر الى ظروف الحادث.

(٤) محكمة الموضوع «تقدير الدليل» . فى مسائل الواقع . فى المسئولية . تعويض . مسئولية . فى المسئولية التقصيرية فى ركن الخطأ.

إثبات مساهمة المضرور أو الغير فى الفعل الضار وكون الضرر من فعل أيهما وحده . سلطة لقاضى الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض ما دام إستخلاصه سائغا .

(٥) محكمة الموضوع سلطتها . تقدير الدليل . فى المسئولية . تعويض .

تقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر إستقلال محكمة الموضوع به - ما دام لا يوجد نص يلزم باتباع معايير معينة فى خصوصه .

١ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى واستخلاص ما تطمئن اليه متى كان استخلاصها سائغا من أصل ثابت فى الأوراق ولها سلطة تقدير اقوال الشهود وكل دليل يطرح امامها ، وأن تعتمد فى استجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح امامها حتى لو استخلصتها من تحقيق اجرته الشرطة، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الادلة فيها وما اطمأنت اليه من المستندات المقدمة اليها - خلصت الى أن ابن المطعون عليهما غرق فى حمام سباحة مملوك للشركة الطاعنة ، واستدلت على ذلك بما أثبته المحقق فى مقدمة محضر الجنحة ...... من أن مصنع الشركة هو الذى أبلغ بغرق طفل بحمام السباحة الموجود بالنادى الخاص بالشركة داخل المدينة السكنية وأنه لم يثبت وجود حمامات أخرى أو مجارى داخل المدينة السكنية للشركة حتى يمكن التشكيك فى حدوث الغرق بحمامها كان هذا الاستخلاص سائغا وله اصله الثابت فى الأوراق ومن شأنه أن يؤدى الى ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من أن الحادث وقع فى حمام السباحة المملوك للطاعنة.

٢ - لما كانت محكمة الموضوع غير ملزمة أن تورد بالحكم كل الحجج التى يدلى بها الخصوم وتفصيلات دفاعهم وترد عليها استقلالا ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها يتضمن الرد المسقط لكل حجة تخالفها فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز اثارته امام محكمة النقض.

٣ - الشيء فى حكم المادة ١٧٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو ما تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بظروفه وملابساته بأن يصبح فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن

يحدث الضرر، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص حمام السباحة الذى وقع فيه الحادث هو من الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر الى ظروف الحادث وملابساته استنادا الى ما قرره «أن عرضه ٢٥ م وعمقه من ٥ - ٦م وأنه كان ممتلئاً فى يوم وقوع الحادث . وثابت من أقوال .... مسئول النشاط الرياضى بأندية الشركة بأن الحمام يقع فى وسط النادى ولا يمكن منع الاقتراب منه لرواد النادى ...... ومثل هذا الحمام يعتبر شيئا خطراً فى مثل هذه الظروف طالما أنه غير محاط بسور يمنع الدخول اليه إلا بإذن مالكه أو تعين عليه حراسة تمنع ذلك وهو الأمر الذى انتفى ساعة وقوع الحادث ..... وأن الثابت من أقوال المسئولين المذكورين .... أن الحمام بعد الساعة ٢ لا يكون به - مسئول عن الانقاذ.

٤ - لما كان اثبات مساهمة المضرور أو الغير فى الفعل الضار وأن الضرر من فعل أيهما وحده من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض ما دام استخلاصه سائغا . وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من الأوراق أن صغر السن لم يكن هو الذى أدى الى الحادث وأن عدم وجود الحارس على الحمام هو الخطأ المباشر الذى أدى الى الوفاة وكان هذا الذى استخلصه الحكم سائغا ويكفى لحمل قضائه فإن النعى بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لا تجوز اثارته امام محكمة النقض.

٥ - متى بينت محكمة الموضوع فى حكمها عناصر ضرر الموجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر لهذا الضرر هو - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما تستقل به ما دام لا يوجد فى القانون نص يلزم باتباع معايير معينة فى خصوصه.

(الطعن رقم ١٧٨١ لسنة ٥٦ ق)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) اثبات « اليمين ».

توجيه اليمين الحاسمة . حق الخصم فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى.

(٢) إثبات . حكم «تسبيب الحكم».

الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات . عدم التزام المحكمة بتسبيبها ما لم تتضمن قضاء قطعيا . وجوب اعلان منطوق هذه الأحكام والجلسة المحددة للاجراء بميعاد يومين لمن لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بها . م ٥ إثبات . تخلف ذلك. أثره بطلان العمل . الميعاد المشار اليه ميعاد خاص إختلافه عن الميعاد المنصوص عليها فى م ٦٦ مرافعات. مثال.

(٣) إثبات «اليمين الحاسمة» . إستئناف . حكم «الأحكام غير الجائز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن» مناطه . أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون . مثال.

١ - للخصم توجيه اليمين الحاسمة لخصمه فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى دون أن يعد ذلك تعسفا فى توجيهها .

٢ - لما كان المشرع قد نص فى المادة الخامسة من قانون الاثبات على «الاحكام الصادرة باجراءات الاثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاء فعليا . ويجب إعلان منطوق هذه

الاحكام الى من لم يحضر جلسة النطق به ، وكذلك يجب اعلان الاوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الاثبات والا كان العمل باطلا . ويكون الاعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين» . فإن مؤدى ذلك أن ميعاد الحضور الذى تضمنه هذا النص الخاص هو الميعاد الواجب مراعاته فى خصوص اعلان التاريخ المعين لاجراء الاثبات دون الميعاد والآخر المنصوص عليه فى المادة ٦٦ من قانون المرافعات الواردة ضمن الباب الثانى من الكتاب الاول المتعلق برفع الدعوى وقيدها ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المحكمة حددت لحلف اليمين الحاسمة جلسة ١٩٨٥/٥/٦ وتم إعلان الطاعن بصيغة اليمين وبتاريخ الجلسة المحددة لحلفها وتم ذلك الاعلان بتاريخ ١٩٨٥/٥/٢ مع مأمور القسم لغلق مسكنه وقت الاعلان وأرسل له المحضر خطابا مسجلا فى نفس التاريخ، فإن إعلان الطاعن بالجلسة المحددة لحلف اليمين يكون قد تم صحيحا وبمراعاة ميعاد الحضور الذى حدده القانون بما لا يلزم معه تحديد ميعاد آخر واعلانه مرة ثانية ، ويكون النعى على غير - أساس.

٣ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة لا يجوز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن فى الاحكام متى كان توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون ، وكان البين من الأوراق أن اليمين الحاسمة التى وجهتها المطعون عليها للطاعن قد وجهت فى واقعة غير مخالفة للنظام العام منصبة على موضوع النزاع ومتعلقة بشخص من وجهت اليه وان الطاعن نكل عن ادائها ، وكان الحكم المطعون فيه قد أعمل الأثر الذى يرتبه القانون على النكول وحكم على مقتضاه ، فإن الطعن عليه بالنقض غير جائز.

(الطعن رقم ٢٣٢٣ لسنة ٥٥ ق)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) مسئولية «المساءلة عن استعمال حقى التقاضى والدفاع».

حق الالتجاء للقضاء عدم جواز الانحراف به ابتغاء مضارة الغير مخالفة ذلك . إساءة لإستعمال الحق تستوجب التعويض.

(٢) محكمة الموضوع «تقدير الدليل» . مسئولية «المسئولية التقصيرية».

استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر . سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع - ما دام هذا الاستخلاص سائغا .

(٣) مسئولية «المساءلة عن استعمال حقى التقاضى والدفاع» تعويض.

تحديد المشرع اجراءات خاصة للقضاة للتقرير بعدم صلاحيتهم وردهم وتنحيتهم المواد ١٤٦ - ١٦٥ مرافعات . عدم خروج ذلك عن القاعدة العامة لمساءلة المنحرف عن استعمال حق التقاضى . حق القاضى الذى تقرر رده أن يلجأ للقضاء للحكم له على طالب الرد بالتعويض . مثال بشأن الانحراف فى استعمال حق التقاضى إبتغاء مضارة المدعى يتوافر به الخطأ التقصيرى.

(٤) حكم «تسبيب الحكم» . محكمة الموضوع «سلطتها فى تقدير الدليل» «اثبات» الاحالة الى التحقيق.

عدم التزام المحكمة بتعقب كل حجة للخصوم متى أقامت الحقيقة التى استخلصتها على ما يقيمهما. قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . اغفالها طلب الاحالة الى التحقيق . جائز متى رأت من ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها.

١ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الالتجاء الى القضاء وان كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة الا انه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب اساءة استعمال هذا الحق.

٢ - إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى اليه من وقائع الدعوى.

٣ - إذ كان المشرع قد خص القضاة «باجراءات حددها التقرير بعدم صلاحيتهم وردهم وتنحيتهم ضمنها المواد من ١٤٦ - ١٦٥ من قانون المرافعات ، فإنه لم يخرج بذلك عن القاعدة العامة الى استنها لمساءلة من إنحرف عن استعمال حق التقاضى على النحو السالف بيانه وهو ما أشار اليه حين نص فى المادة ١٦٥ من ذات القانون على أنه «إذا رفع القاضى دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص زالت صلاحيته للحكم فى الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عن نظرها «مؤكدا بذلك حق القاضى الذى تقرر برده فى أن يلجأ الى القضاء للحكم له على طالب الرد بالتعويض «لما كان ذلك وكان البين من الحكم المستأنف المؤيد لاسبابه من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالزام الطاعنة بالتعويض المحكوم به على قوله أن «....... الثابت للمحكمة من مطالعة سائر اوراق الدعوى وعلى الأخص الحكم الصادر فى طلب الرد الرقيم .... والقاضى برفض طلب الرد المقدم من المدعى عليها - الطاعنة - فى الدعوى المطروحة أنه تضمن فى حيثياته أن الأسباب التى بنت عليها الطالبة الرد طلبها ليست من الأسباب الواردة بنص المادة ١٤٨ مرافعات . وتقيداً بقوة الأمر المقضى للحكم المذكور وأخذا بما ثبت للمحكمة من باقى أوراق الدعوى فإنه يكون من الثابت لدى المحكمة أن المدعى عليها وهى تباشر حقها فى طلب رد المدعى قد انحرفت عن السلوك المألوف للشخص العادى وانحرفت بهذا الحق عما وضع له واستعملته استعمالا كيديا ابتغاء مضارة المدعى الامر الذى يتوافر به الخطأ التقصيرى فى حقها وتسأل معه عما اصاب المدعى من اضرار مترتبة على هذا الخطأ .... وأى ضرر أقسى وأمر على نفس القاضى .... أن تجعل المدعى عليها نزاهته وحيدته محل الشك من الخصوم وسمعته ومضغة فى الافواه .... وكان ما استند اليه هذا الحكم فى اثبات الخطأ فى جانب الطاعنة وعلاقة السببية بينه وبين الضرر الذى اصاب المطعون عليه سائغا كافيا لحمل قضائه فى هذا الخصوص ويؤدى الى ما انتهى اليه من مساءلة الطاعنة عما اصاب المطعون عليه من جراء هذا الخطأ.

٤ - إذا اقامت المحكمة الحقيقة التى استخلصتها على ما يقيمها فإنها لا تكون بعد

ملزمة بمناقشة الوقائع التى نسبتها الطاعنة للمطعون عليه أو ان تتعقب كل حجة وترد عليها. إستقلالا لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها.

ولا على المحكمة إذ التفتت عن طلب الاحالة الى التحقيق لعدم لزومه متى رأت عن ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ويكون النعى برمته مقاما على غير أساس.

(الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٥٥ ق)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/١/١٩

(١) حكم «بياناته» . «تسبيب الأحكام».

بيانات الحكم الجوهرية . ما هيتها . اغفال المحكمة ايراد أوجه دفاع الخصوم التى لا تتصل بقضائها . لا بطلان م ١٧٨ مرافعات – شرط ذلك.

(٢ ، ٣) قضاة . «رد القضاة» . دعوى . محكمة الموضوع «مسائل الواقع».

(٢) طالب الرد . الأصل تقديمه قبل أى دفع أو دفاع وإلا سقط الحق فيه . م ١/١٥١ مرافعات . الاستثناء . أن تكون الأسباب التى قام عليها طلبه قد حدثت بعد ابداء طالب الرد لدفاعه أو حدثت قبله واستطاع أن يثبت أنه لم يعلم بها الا عند تقديم الطلب . م ١/١٥٢ مرافعات . محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير توافر هذه الأسباب . شرطه.

(٣) إهابة المحكمة بالمشرع الى معالجة نصوص مواد القانون المتصلة برد القضاة . لا يعد افصاحا عن عقيدة المحكمة . شرط ذلك.

(١) أوجبت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها «عرض مجمل لواقع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهرى» إلا أنه يتعين لاعتبار هذا البيان جوهريا يترتب على اغفاله البطلان أن يكون الحكم قد فصل فى النزاع بوقائعه التى قدمت بصددها الى بحث مدى توافر شروط معينة يوجبها القانون فى الطالب المتداعى بشأنه فلا على المحكمة إن هى اغفلت ايراد أوجه دفاع الخصوم التى لا تتصل بقضائها طالما كان حكما مسببا تسبيبا كافيا لتسويغ ما حكمت به.

(٢) مؤدى نص الفقرة الاولى من المادة ١٥١ من قانون المرافعات والفقرة الأولى من المادة ١٥٢ من ذات القانون أن خصومة رد القاضى ذات طبيعة خاصة يتعين فيها على طالب الرد أن يقدم طلبه قبل ابداء أى دفع أو دفاع فى الخصوم الأصلية التى يطالب رد القاضى عن نظرها والفصل فيها . ما لم تكن الأسباب التى قام عليها طلبه قد حدثت بعد ابداء دفاعه أو حدثت قبله واستطاع أن يثبت أنه لم يعلم بها إلا عند تقديم الطلب فإذا لم يتحقق اى من هذين الاستثنائين وجب اعمال جزاء سقوط الحق فى طلب الرد، وتقدير توافرهما من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع يستقيها من الواقع المطروح دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاءه على اسباب سائغة تكفى لحمله.

(٣) ما دونه الحكم المطعون فيه بختام اسبابه من الأهابة بالمشرع الى معالجة نصوص مواد القانون المتصلة برد القضاة لا يعد إفصاحا عن عقيدة المحكمة سلفا فى عدم جدية الطلب

المطروح عليها طالما أن ما أشار اليه فى هذا الصدد جاء من بعد قضائها الصحيح بسقوط الحق فى طلب الرد.

(الطعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٥٣ ق)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

(١) ملكية «اسباب كسب الملكية» .الارث. ارث. تسجيل. شهر عقارى . شفعة.

انتقال ملكية اعيان التركة من المورث الى الوارث . عدم توقفه على شهر حق الارث م ١٣ ق تنظيم الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦. علة ذلك . جزاء عدم شهر ذلك الحق . منع شهر تصرفات الوارث دون منع التصرف . أستناد الحكم المطعون فيه فى القضاء بالشفعة الى اكتساب الشفيع ملكية العقار المشفوع به بالتقادم الطويل الذى اكتملت مدته قبل البيع . صحيح.

(٢) شفعة «النزول عن الحق فى الشفعة . محكمة الموضوع: فى الشفعة.

النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة. جوازه صراحة أو ضمنا . سبيله . اتيان الشفيع بعد البيع عملا أو اتخاذه موقفا يكشف عنه بوضوح . استخلاص هذا النزول من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغا ومستمدا مما له اصل بالأوراق .

(٣) محكمه الموضوع «سلطتها فى فهم الواقع ، سلطتها فى تقدير الأدلة . اثبات دعوى . «نظر الدعوى».

تحصيل فهم الواقع وتقدير الادلة والموازنة بينها. من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله.

(الطعن رقم ٦٤٤ لسنة ٥٥ ق)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

إثبات «قواعد الاثبات» . نظام عام «المسائل الغير متعلقة بالنظام العام».

قواعد الاثبات . عدم تعلقها بالنظام العام . مؤداه . جواز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا . رضاء المطعون عليه بحكم التحقيق وتنفيذه . اعتباره نزولا منه عن حقه فى التمسك بالدفع بعدم جواز الاثبات بالبينة . اثره . عدم جواز اثارة هذا الدفع امام محكمة الاستئناف.

لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قواعد الاثبات ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا كما يجوز لصاحب الحق فى التمسك بها أن يتنازل عنها ، وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه قد ارتضى حكم الاحالة الى التحقيق الصادر من محكمة اول درجة ونفذه باعلان شاهده وسماعه ولم يعترض عليه حتى الحكم فى موضوع الدعوى، فإن ذلك يعد نزولا منه عن حقه فى التمسك بعدم جواز الاثبات بالبينة ، فلا يجوز له اثارة هذا الدفع امام محكمة الاستئناف وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٥٦ ق)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) دعوى . التزام «التنفيذ بطريق التعويض». محكمة الموضوع.

الاعذار . ما هيته . الأصل فيه أن يكون بورقة رسمية من اوراق المحضرين. الاعلان بصحيفة دعوى التعويض . شرطه اعتباره إعذارا . إشتماله على تكليف المدين بالوفاء. محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير اشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من عدمه . شرطه.

(٢) إثبات . خبرة.

إغفال الخبير دعوة الخصوم أمامه . أثره.

(٣ ، ٤) مسئولية «مسئولية عقدية» . محكمة الموضوع «مسائل الواقع».

(٣) عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى . خطأ تقوم به مسئوليته.

(٤) محكمة الموضوع . سلطتها فى استخلاص ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . شرطه.

١ - إعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه ، والأصل فى هذا الاعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام . ومن ثم فلا يعد إعذارا - إعلانه بصحيفة دعوى التعويض لاخلال المدين بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام، وتقدير إشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع فى أن يأخذ بالتفسير الذى يراه مقصودا من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضائه على أسباب سائغة تكفى لحمله.

٢ - مفاد نص المادة ١٤٦ من قانون الاثبات أن البطلان الذى صرح به النص إنما يترتب على اغفال الخبير دعوة الخصوم أمامه.

٣ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى أو التأخير فى تنفيذه يعتبر فى ذاته خطأ يرتب مسئوليته.

٤ - إستخلاص ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض الا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ.

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) دعوى «سقوط الخصومة» . استئناف . نقض . «نظر الطعن امام محكمة النقض : سقوط الخصومة».

سقوط الخصومة . ما هيته : م ١٣٤ مرافعات . مناط إعماله . إهمال المدعى أو تراخيه أو إمتناعه عن السير بالخصومة . نطاق سريانه . الخصومة امام محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف. م ٢٤٠ مرافعات . عدم سريانه على خصومة الطعن بالنقض . علة ذلك.

(٢) ملكية «حظر تملك الاجانب العقارات المبنية والأراضى الفضاء».

حظر تملك الأجنبى - شخصا طبيعيا كان أو

اعتباريا للعقارات المبنية أو الأراضى الفضاء فى مصر بأى سبب من أسباب كسب الملكية عدا الميراث . م ١ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦. موافقة مجلس الوزراء على تملك غير المصرى . حالاته. م ٢ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦. أثره رفع هذا الحظر.

(٣) بيع . ملكية «أسباب كسب الملكية» «بطلان».

إبرام المشترى الأجنبى لعقد ابتدائى ثم صدور قرار مجلس الوزراء بالموافقة على تملكه العقار المبيع من شأنه أن يحدث الأثر الفورى فى إباحة إكتسابه ملكية العقار موضوع العقد مما تستتبع إمكان تنفيذ البائع نقل ملكية العقار المبيع – لا يسوغ للبائع التمسك فى هذه الحالة ببطلان عقد البيع الابتدائى – علة ذلك.

(٤) حكم « عيوب الدليل « ما لا يعد قصورا . نقض «سلطة محكمة الموضوع».

إنتهاء الحكم الى النتيجة الصحيحة . لا يعيبه اشتمال الحكم على تقرير قانونى خاطىء . لمحكمة النقض تصحيحه.

(٥) استئناف «الأثر الناقل للاستئناف».

استئناف الحكم الصادر فى الطلب الاحتياطى. اثره. اعتبار الطلب الاصلى مطروحا على محكمة الاستئناف بقوة القانون.

(٦) دعوى « اغفال الفصل فى بعض الطلبات». حكم «اغفال الفصل فى بعض الطلبات.

اغفال المحكمة الفصل فى طلب موضوعى. مناطه. أن تكون المحكمة قد اغفلت الفصل فيه اغفالا كليا . أثره . بقاؤه معلقا أمامها . قضاء المحكمة صراحة أو ضمنا برفض الطلب . وسيلة تصحيح الحكم . الطعن فيه.

(٧) دعوى «مسائل تعترض سير الخصومة: وقف الدعوى».

الحكم بوقف السير فى الدعوى . م ١٢٩ مرافعات . جوازى للمحكمة. مناطه. خروج المسألة الاساسية عن اختصاص المحكمة المتعلقة بالنظام العام.

(٨) تزوير «اثبات التزوير» . اثبات . محكمة الموضوع.

إثبات صحة الورقة أو تزويرها جوازه بكافة طرق الاثبات ومنها القرائن. محكمة الموضوع سلطتها فى القضاء بصحة الورقة استنادا اليها . شرطه.

(٩) محكمة الموضوع «تقدير الدليل» . «مسائل الواقع» . دعوى . حكم «تسبيب الحكم».

محكمة الموضوع سلطتها فى فهم الواقع وتقدير الادلة شرطه . أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع أقوال وحجج الخصوم والرد عليها استقلالا.

(الطعنان رقما ٣١١ لسنة ٥٢ ق ، ٢٦٢٤ لسنة ٥٦ ق)

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٣٠

(١ ، ٢) مسئولية «مسئولية الناقل الجوى». معاهدات . نقل «نقل جوى».

(١) مسئولية الناقل الجوى، لا تنقضى ولا

تنتهى الا بتسليم البضاعة الى المرسل اليه فى ميناء الوصول او المكان المتفق عليه ، دفع هذه المسئولية . شرطه اثبات الناقل وتابعية اتخاذهم التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو انه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به او لديه سبب آخر من اسباب الاعفاء طبقا للقواعد العامة. التسليم لمخازن الجمارك لا ينهى مسئولية الناقل. المادتين ١٨ ، ٢٠ من اتفاقية فارسوفيا المعدلة ببروتوكول لاهاى والتى وافقت مصر عليها. علة ذلك.

(٢) ايداع رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك، لا يعفى الناقل من مسئوليته عن فقدها أو تلفها داخل تلك المخازن ولا يعتبر بذاته من قبيل القوة القاهرة. علة ذلك، خلو الأوراق مما يدل على اخطار الطاعنة (الناقلة) المرسل اليه بمجرد وصول البضاعة وعند ايداعها بالمخازن . يعد خطأ تسبب فى بقاء الرسالة بمخازن الجمارك فترة طويلة مما عرضها للفقد. مؤدى ذلك فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذى من شأنه اعفاء الناقلة من مسئوليتها.

(١) النص فى المادة ١٨ من اتفاقية فارسوليا الدولية المعدلة ببروتوكول لاهاى فى ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والتى وافقت مصر عليها بالقانونين ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ على أن «يكون الناقل مسئولا عن الضرر الذى يقع فى حالة تحطيم أو ضياع أو تلف امتعة مسجلة أو بضائع ، إذا كانت الحادثة التى تولد منها الضرر قد وقعت خلال النقل الجوى» وأن النقل الجوى وفقا لفحوى الشطرة السابقة يتضمن المدة التى تكون فيها الامتعة أو البضائع فى حراسة الناقل ، سواء كان ذلك فى مطار أو على متن طائرة أو فى أى مكان آخر عند الهبوط خارج المطار» وفى المادة ٢٠ على أن «لا يكون الناقل مسئولا إذا اثبت أنه وتابعين قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها ، يدل على أن مسئولية الناقل الجوى لا تنقضى ولا تنتهى الا بتسليم البضاعة الى المرسل اليه فى ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ولا ترتفع مسئوليته هذه الا إذا اثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من اسباب الاعفاء طبقا للقواعد العامة، ذلك أن البين من مطالعة احكام هذه الاتفاقية فى ضوء الاعمال التحضيرية لها سواء فى مشروع باريس سنة ١٩٢٥ أو فى لجنة الخبراء سنة ١٩٢٧ والمشروع النهائى وما دار فى لجنة الصياغة ، ان مسئولية الناقل الجوى مسئولية من نوع خاص لها احكامها المتميزة تقررت للتوفيق بين مصالح متعارضة مصالح شركات الطيران ومصالح الشاحنين ، مسئولية عمادها التزام الناقل بكفالة سلامة الشىء المنقول والمحافظة عليه أثناء فترة النقل الجوى حتى يتم تسليمها الى المرسل اليه أو نائبه القانونى ، وباعتبار أنها تظل فى حراسته بالمعنى القانونى فى حكم المادة ١٨ سالفة البيان أى تحت سيطرته الفعلية وقدرته على التصرف فيها أو فى شأنها طوال فترة هذا النقل التى تشمل فترة وجود بضاعة داخل المخازن الجمركية حتى لو توقف عن ممارسة سيطرته المادية عليها أو لم يمارسها هو بشخصه طالما بقيت له السيطرة القانونية ومن ثم فإن مسئوليته عنها لا تنتهى بتسليمها الى السلطات الجمركية وايداعها مخازنها ايا كان مديرها أو المشرف عليها إذ لا تعتبر مصلحة الجمارك نائبة عن

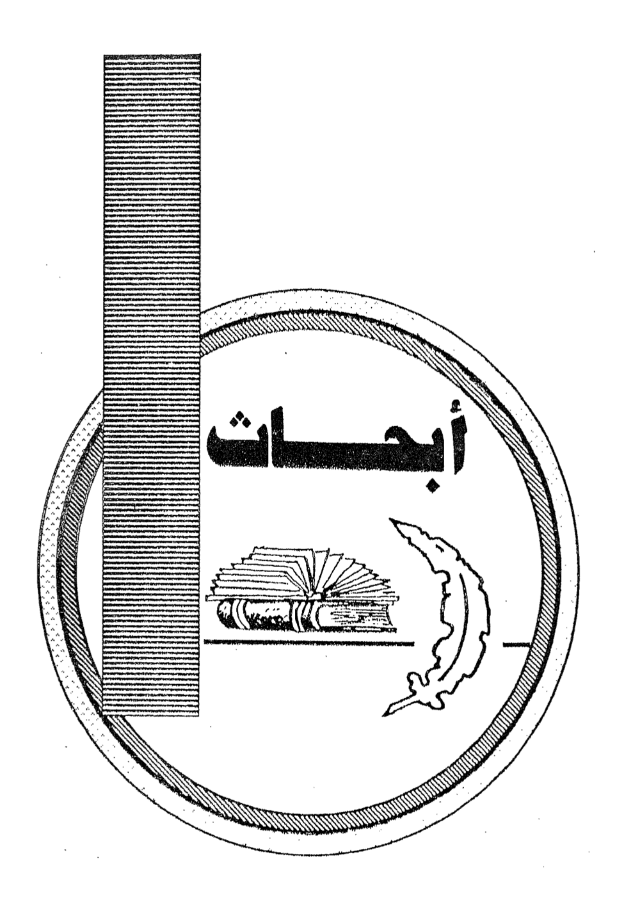
المرسل اليه فى استلام البضاعة وانما تتسلمها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها هى استيفاء الرسوم المستحقة عليها ولذلك لا ينقضى عقد النقل الجوى بهذا التسليم ولا تبرأ به ذمة الناقل قبل المرسل اليه الذى لا يستطيع استلام البضاعة الا بأمر واذن الناقل الجوى صاحب السيطرة القانونية عليها، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من مشروع باريس سنة ١٩٢٥ من تحديد لفترة النقل الجوى بأنها تبدأ بدخول الركاب أو الامتعة أو البضائع مطار القيام وحتى لحظة الخروج من مطار الوصول ، وقد استقر ذلك التحديد فى لجنة الخبراء وتضمنته المادة الخامسة من المشروع النهائى للاتفاقية، وما انتهى اليه كل من القضاء الفرنسى والبلجيكى من أن فترة النقل لا تنتهى الا بتسليم البضاعة الى المرسل اليه فى مطار الوصول وتدخل فترة وجود البضاعة داخل المنطقة الجمركية فى نطاق مسئولية الناقل طبقا للمادة ٢/١٨ من الاتفاقية ، وهو ما استقر عليه القضاء الأمريكى فى ظل هذه الاتفاقية التى وافقت عليها الولايات المتحدة الامريكية فى ١٩٣٤/٧/٣١ وعلى بروتوكول لاهاى سنة ١٩٥٥ فى ١٩٥٦/٦/٢٨ حيث خلص هذا القضاء الى الناقل يظل مسئولا عن البضاعة التى تعهد بنقلها اثناء فترة النقل الى أن يتم تسليمها فى مطار الوصول الى المرسل اليه حتى توقف عن ممارسة السيطرة المادية عليها .

(٢) لما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعنة وان كانت قد اودعت رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك الا أن ذلك لا يعفيها من مسئوليتها عن فقدها داخل تلك المخازن بحسبان أنها ما زالت فى حراستها القانونية ، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لاعتبار الحادث فترة قاصرة عدم امكان توقعه واستحالة دفعه ، وكان توقع فقد البضاعة أو تلفها كلها أو بعضها داخل المخازن فى الجمرك امرا متوقعاً ومألوفا ومن ثم فإنه لا يعتبر بذاته من قبيل القوة القاهرة ولا يعفى الطاعنة من مسئوليتها عن فقد البضاعة كما أنه يشترط فى فعل الغير كسبب للاعفاء من مسئولية الناقل أن يكون هو السبب الوحيد للحادث، وما إذا كانت الأوراق قد خلت مما يدل على اخطار الطاعنة المرسل اليه بمجرد وصول البضاعة عند ايداعها مخازن الجمارك فى ١٩٧٦/٢/٢٤ مخالفة بذلك حكم المادة ٢/١٣ من الاتفاقية المذكورة وحتى تاريخ اصدارها اذن تسليم البضاعة الى المرسل اليه اى بعد أكثر من اربعة شهور وهو ما يعد منها خطأ تسبب فى بقاء الرسالة بمخازن الجمرك تلك الفترة الطويلة مما عرضها للفقد فإن فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذى من شأنه اعفاء الطاعنة من مسئوليتها.

(الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٢ ق)

الامانة هى الفصل الاول فى كتاب الحكمة

« توماس جيفرسون »


أبحاث

الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبى

دكتور / أسامة الشناوى

المستشار بمحاكم الاستئناف ومساعد المدعى الاشتراكى

أنشأ المشرع لجانا خاصة كانت تسمى «لجان التقدير» ثم أصبحت تسمى «لجان الطعن» للنظر فى طعون الممولين فى تقديرات مصلحة الضرائب وحدد إختصاصاتها وتشكيلها وطرق التقاضى أمامها. وسنتناول فى هذا البحث لجان تقدير الضرائب أولا ثم لجان الطعن الضريبى التى حلت محلها بعد الغائها من حيث تشكيلها وإختصاصاتها وإجراءات التقاضى أمامها ثم ننهى البحث بمحاولة تكييف ما يصدر عن هذه اللجان من أعمال وطبيعتها القانونية.

أولا : لجان تقدير الضرائب:

إن القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على ايراد رأس المال وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل، إذ كان عند تعرضه الى قواعد تقدير ارباح الممول وإيراداته قرر – أول ما قرر – أن التقدير تتولاه اللجان، موردا ذلك بنص مبين جاصر لما عناه مانع لما عداه، وإذ قد أوجب عند الإحالة على اللجان لاجراء التقدير أن تقدم إليها كل إقرارات الممول وبياناته مع ملاحظات المصلحة عليها، دون أن ينص على موافاتها أيضا بالتقدير الذى تكون المصلحة قد أجرته قبل الاحالة، وإذ جعل تقدير اللجنة هو الأساس المؤقت للربط فى حالة الشركات المساهمة، فإنه يكون قد بين بيانا ظاهرا قاطعا أن لجان تقدير الضرائب هى التى وكل اليها تحت رقابة المحاكم أمر إجراء التقدير الجزافى لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد، وأن ولاية اللجان فى هذا الخصوص ولاية أصيلة ثابتة لها هى أولا وبالذات تباشرها بوصف كونها الهيئة المختصة بالتقدير ابتداء، لا هيئة تنظر فى طعن فى تقدير سابق تجريه مصلحة الضرائب، وأن هذه المصلحة ليس لها إختصاص بذلك التقدير ولكن لها أن تتفق مع الممول قبل اللجوء الى لجان التقدير وتحيل عليها جميع المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها لتقوم هذه اللجان بإجراء التقدير فيها بمالها من سلطة اصيلة كاملة فى التقدير، مستأنسة بإقرارات الممول وبياناته وبملاحظات مصلحة الضرائب عليها ولكن غير مقيدة بشىء من ذلك، ولا بأى تقدير تكون المصلحة قد أجرته، قبل الاحالة عليها بأصل الاتفاق مع الممول، ومن ثم كان للجان أن تقدر بما يزيد على تقدير المصلحة فى هذه المسائل أو تنقص عنه حسبما يستبين لها من فحصها(١).

ويبين مما تقدم الآتى:

١ – أن لجان التقدير هى الهيئة المختصة بالتقدير إبتداء لا هيئة تنظر فى طعن فى تقدير سابق تجريه مصلحة الضرائب(٢).

٢ - أن مصلحة الضرائب ليس لها إختصاص فى التقدير ولكن لها أن تتفق مع الممول قبل اللجوء الى لجان التقدير. وتحيل اليها المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها.

٣ - عند الاحالة الى اللجان الخاصة بالتقدير يجب أن يقدم الى اللجان كل إقرارات الممول وبياناته مع ملاحظات المصلحة فقط، دون موافاتها بالتقدير الذى تكون المصلحة قد أجرته قبل الاحالة.

٤ - لجان التقدير لا تتقيد بتقدير مأمورية الضرائب ولا بإقرار الممول، ولها أن تزيد عليه كما لها أن تنقص منه[٣].

٥ - لجان التقدير لا تفصل فى خصومة أسوة بالمحاكم، ومن ثم فلا يبطل قرارها أن يكون من أعضائها موظفين من مصلحة الضرائب سبق لهم إبداء الرأى فى حالة اطول التى كانت محلا لنظرها[٤].

٦ - لجنة تقدير الضرائب ليست هيئة قضائية تفصل فى خصومة وإنما هى هيئة إدارية، ومن ثم إذا اشترك فى إصدار قرارها عضو لم يسبق له أن حضر جلسة سمعت فيها أقوال الممول فلا بطلان فى هذا القرار[٥].

فى حين أن محكمة النقض رتبت البطلان حيث قضت فى حكم آخر لها بأنه متى كان الحكم قد إستظهر من ديباجة قرار لجنة التقدير أنها مكونة من أشخاص معينين، واستظهر من عجز القرار أن واحدا من هؤلاء الأعضاء لم يوقعه، ووقعه بدلاً منه شخص آخر ليس من أعضاء اللجنة المذكورين فى ديباجة القرار، وكانت اللجنة لم تعقد الا جلسة وحيدة على ما ذكره الحكم، فإنه تقريره أن العضو الذى اشترك فى المداولة فى القرار لم يشترك فى إصداره، وأن الشخص الذى اشترك فى إصداره لم يشترك فى المداولة فيه - وما رتبه على ذلك من بطلان قرار اللجنة يكون فى محله ومقاماً على أسباب كافية لحمله»[٦].

٧ - عدم إختيار الممول للعضوين المرخص له باختيارهما، أو عدم حضورهما بعد إختيار الممول لهما، أو تخلف الممول عن الحضور، أو رفض اللجنة التأجيل لعذر أبداه الممول.. كل هذا لا يترتب عليه أى بطلان لقرار اللجنة.[٧].

٨ - لجنة التقدير وإن كانت لجنة إدارية - إلا أن إنعقادها قبل اليوم الذى حددته للنظر فى المادة وعلم به الطرفان، يجعل هذا الانعقاد باطلاً لمخالفته للأصول العامة حتى بالنسبة للهيئات الادارية[٨].

كما قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص أيضا بأن «مخالفة إجراءات اللجان الادارية وإقراراتها للأصول العامة، وإنحرافها عن الأصول المقررة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يجعل هذه القرارات باطلة، فإذا كانت لجنة التقدير لم تراع ما أوجبته المادة ٥٢ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ من إعلان الممول بالحضور أمامها قبل ميعاد انعقادها بخمسة أيام على الأقل، ورفضت طلب التأجيل الذى أبداه الممول، فإن قرارها بتقدير الأرباح يكون باطلا ولو لم يرد بذلك نص فى القانون المذكور ودون حاجة الى الاستناد فى ذلك الى قواعد قانون المرافعات وأحكامه، ذلك لأن لجنة التقدير وإن كانت لجنة إدارية إلا أن العيب الذى شاب إجراءاتها هو عيب جوهرى يمس أصلا من الأصول التى حرص المشرع

فى القانون المشار اليه على توفيره وصيانته للممولين وهو حق الدفاع[٩].

تلك هى سمات لجان التقدير التى كانت بمثابة هيئات إدارية فقط، وجهات للتقدير ابتداءً، إلا أن تلك اللجان ألغيت وحل محلها لجان الطعن الضريبى والتى سنحدد سماتها وملامحها فى الآتى:

ثانيا: لجان الطعن الضريبى:

أ - تشكيل لجان الطعن الضريبى:

تغير تشكيل لجان الطعن الضريبى أكثر من مرة بقوانين متلاحقة :

١ - ففى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ نصت المادة ٥٠ على أن «تتولى إجراءات التقدير لجان مؤلفة من ثلاثة أعضاء من موظفى الحكومة يضم اليها بناء على طلب الممول - إذا شاء - عضوان من التجار أو رجال الصناعة أو من الممولين الذين يدفعون ضرائب لا يقل مجموعها عن خمسة جنيهات يختارهما الممول نفسه».

٢ - ثم عدلت تلك المادة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ وأصبحت «تشكل لجنة الطعن من قاضى يندبه وزير العدل بالاتفاق مع وزير المالية رئيسا، ومن عضوين من موظفى مصلحة الضرائب يختارهما وزير المالية، ويجوز بناء على طلب الممول أن يضم اليهم عضوين يختارهما من بين التجار ورجال الصناعة أو الممولين المدرجة أسماؤهم فى كشف يعده وزير المالية فى اول كل سنة».

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا إذا حضره ثلاثة من أعضائها منهم الرئيس، وتكون مداولاتها سرية - وتصدر قراراتها مسببة باغلبية الأصوات.

٣ - ثم تعدلت تلك المادة ثانية بالمرسوم بقانون رقم ٩٧ سنة ١٩٥٢ المعمول به من أول يولية سنة ١٩٥٢ على الوجه الآتى:

«تشكل لجنة الطعن من ثلاثة من موظفى مصلحة الضرائب يعينون بقرار من وزير المالية والاقتصاد ويجوز بناء على الممول أن يضم اليهم عضوان يختارهما الممول من بين التجار ورجال الصناعة أو الممولين ويشترط فى كل عضو مختار أن يكون ممن يدفعون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن عشرة جنيهات فى السنة . ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا إذا حضره ثلاثة من أعضائها منهم الرئيس.

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٢ بخصوص لجان الطعن الضريبى الآتى:

«نصت المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على تأليف لجان الطعن من قاضى يندبه وزير العدل بالاتفاق مع وزير المالية رئيسا - ومن عضوين من موظفى مصلحة الضرائب يختارهما وزير المالية. ويجوز بناء على طلب الممول ، أن يضم اليهما عضوان يختارهما من بين التجار أو رجال الصناعة أو الممولين المدرجة اسماؤهم فى كشف يصدره وزير المالية فى أول كل سنة.

وكان النص قبل صدور القانون رقم ١٤٦ سنة ١٩٥٠ يقضى بتأليف لجان التقدير من ثلاثة من موظفى الحكومة يضم اليهم، بناء على طلب

الممول إذا شاء عضوان من التجار أو رجال الصناعة أو المموليـن الذيـن يدفعـون ضرائب لا يقل مجموعها عن خمسة جنيهات يختارهمـا الممول نفسه.

ولقد كان الغرض مـن تعديل المادة ٥٠ بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على الوجه المتقدم ذكره ادخال العنصر القضائى فى اعمال اللجنة مع تعـديل اختصاصهـا مـن ناحيتين، الأولى: ترك الولاية فى التقدير لمصلحة الضرائب مع قصر اختصاص اللجان على نواحى النزاع التى تنشأ بيـن مصلحـة الضرائب والمموليـن واقـتضى ذلك اعتبارها لجان طعن بعد أن كانت لجان تقدير، والثانية: توسيع اختصاص لجان الطعن بحيث يشمل اوجه الخلاف بكافة انواعه بين المصلحة وسائـر المموليـن، وزاد اختصاصهـا اتساعـا فشمل النظر فى الخلافات الخاصة بالضريبة العامة على الايراد ورسم الايلولة على التركات وضريبة المهن غير التجارية.

ولقد قام الظن أن هذا التعديل يجعل من اللجان درجة من درجات التقاضى، بحيث تعتبر المحكمة الابتدائية درجة استئنافية للجـان الطعـن، فاقترح تعديل احكام القانون بتحريم استئناف احكام المحاكم الابتدائية - الا إذا كـانت تقديرات مصلحـة الضرائب السنوية المطعون فيها تجاوز الف جنيه ، وصدر بالفعل هذا التعديل ضمن نصوص القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥١، ومع أن المشرع كان يهدف من وراء اسناد الرئاسة فى اللجان للقاضى، الا تكون مصلحة الضرائب خصما وحكماً، إلا أن الهدف لم يتحقق من الوجهة العملية، لأن قرارات اللجنة تصدر باغلبية الآراء لوجود عضوين من موظفى المصلحة لهما نفس ما للقاضى من الحقوق. إذا ما اجمع رأيهما علـى رأى يخالـف رأى القاضى، ويكون الأمر أشد من ذلك لـو انضم الـعضوان المختاران اليهما.

لذلك رؤى بالاتفاق مع وزارة العدل تعديل القانون رقـم ١٤٦ لسنـة ١٩٥٠، والقانـــون رقـــم ١٧٤ لسنة ١٩٥١ فيما تضمنا من تشكـيل لجـان الطعـون واختصاصاتها، وان يتضمن التعديل اعتبار هذه اللجان لجان ادارية تؤلف من رجال الادارة المالية ذاتها مع من يعاونهم من أهل الخبرة من رجال الصناعة والتجارة أو الممولين لتتولى النظر فى أوجه الخلاف ... الممولين والمأمورية، حتى إذا صدر قرار اللجنة اتخذ اساس لربط الضريبة - على ألا يكون مرحلة تقاضى - بل يجب أن تكون مرحلة اعادة نظر فى الخلاف قبل الالتجاء الى ساحة القضاء ويرى التعديل أن تزاول اللجان الجيدة التى تؤلـف مـن موظفيـن متخصصيـن فـى اعمـال الضرائب لهم خبرة خاصة ومران واسع فى جميع الاعمال التى تزاولها لجان الطعن الحالية مع توفير الضمانات الكافية فى اختيار رؤساء اللجان واعضائهـا بالنص على أن يكون تعيينهم بقرار من وزير المالية».

٤ - ثم تعدل هذا النص للمرة الثالثة بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٣ فصار على الوجه الآتى: «تشكل لجنة الطعن من ثلاثة من موظفى مصلحة الضرائب - يعينون بقرار من وزير المالية والاقـتصاد - ويكون من بينهم الرئيس -

ويجوز بناء على طلب الممول أن يضم اليهم عضوان يختارهما الممول بين التجار ورجال الصناعة أو الممولين.

ويشترط فى العضو المختار أن يكون ممن يؤدون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن عشرة جنيهات فى السنة.

ولوزير المالية والاقتصاد تعيين أعضاء احتياطيين من موظفى الضرائب فى البلاد التى بها لجنة واحدة.

ويعتبر الاعضاء الاصليون اعضاء احتياطيين بالنسبة الى اللجان الاخرى فى البلاد التى بها أكثر من لجنة.

ويكون ندبهم بدلا من الأعضاء الاصليين المتخلفين من اختصاص رئيس اللجنة الأصلية - أو اقدم اعضائها عند غيابه وتكون الرياسة فى هذه الحالة لاقدم الاعضاء الثلاثة.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا إذا حضره اعضاؤها الموظفون ويتولى الاعمال الكتابية فى اللجنة موظف تندبه مصلحة الضرائب.

وقد جاءت بالمذكرة الايضاحية لهذا القانون (٢٥٣ لسنة ١٩٥٣) أنه: «نظرا الى أن المادة ٥٠ قصرت الحق المخول لوزير المالية والاقتصاد على تعيين الاعضاء الاصليين للجان الطعن دون الاحتياطيين - وعلى تحديد مقار اللجان دون اختصاصها المكانى.

لهذا فقد رؤى تعديلها وذلك بالنص على اعتبار الاعضاء الاصليين اعضاء احتياطيين بالجهات التى بها أكثر من لجنة واحدة، وذلك لأن تعيين الاعضاء الاحتياطيين من بين مأمورى الضرائب يؤدى الى عدم تفرغهم لاعمالهم الاصلية مما يترتب عليه اضعاف القوة الانتاجية بالمأموريات.

كما أجيز لوزير المالية والاقتصاد تعيين الاعضاء الاحتياطيين بالجهات التى بها لجنة واحدة - وكذلك تحديد الاختصاص المكانى للجان.

ونظرا الى أن صالح العمل قد يقتضى سرعة تعديل الاختصاص المكانى لبعض اللجان كأن يكون بها حالات كثيرة بعكس الحال فى غيرها الأمر الذى يتطلب وقف الاحالة على الأولى واختصاص الأخرى بها تحقيقا للتوازن فى العمل بينها.

ولما كان انتقال لجنة من مكان الى آخر يستلزم استصدار قرار وزارى مع ما يقتضيه من اجراءات ووقت، لذلك أجيز لوزير المالية والاقتصاد انابة غيره فى تحديد مقار اللجان وتعيين اختصاصها المكانى تمشيا مع السرعة المرجوة.

٥ - وقد صدر اخيرا القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ ونص فى المادة ١٥٨ منه على أن «تشكل لجنة الطعن من ثلاثة من موظفى مصلحة الضرائب يعينون بقرار من وزير المالية - ويكون من بينهم الرئيس - ويجوز بناء على طلب الممول أن يضم اليهم عضوان يختارهما الممول من بين التجار أو رجال الصناعة أو الممولين.

ويشترط فى العضو المختار أن يكون ممن يؤدون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن مائة جنيه فى السنة - ولوزير المالية تعيين اعضاء احتياطيين من موظفى مصلحة الضرائب فى البلاد التى بها لجنة واحدة .

ويعتبر الاعضاء الاصليون

اعضاء احتياطيين بالنسبة الى اللجان الاخرى فى البلاد التى بها أكثر من لجنة.

ويكون ندبهم بدلا من الاعضاء الاصليين المتخلفين من اختصاص رئيس اللجنة الاصلية أو اقدم اعضائها عند غيابه وتكون الرئاسة فى هذه الحالة لاقدم الاعضاء الثلاثة.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا إذا حضره اعضاؤها الموظفون ويتولى الاعمال الكتابية فى اللجنة موظف تندبه مصلحة الضرائب.

ويعين بقرار من وزير المالية أو من ينيبه مقار اللجان واختصاصها المكانى.

هذا هو ما استقر عليه تشكيل لجان الطعن الضريبى حاليا والمعمول به بمقتضى المادة ١٥٨ من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١.

وطبقا للنص السابق تشكل لجنة الطعن من اعضاء اصليين واعضاء مختارين.

أولا: الاعضاء الاصليون:

تتكون لجنة الطعن الضريبى من ثلاثة اعضاء اصليين – من موظفى مصلحة الضرائب يعينون بقرار من وزير المالية – ويكون من بينهم الرئيس.

واشتراط تعيين الاعضاء الاصليين بقرار من وزير المالية يقصد به توفير الضمانات فى اختيارهم، واستقلالهم عن مصلحة الضرائب ، حتى تتهيأ لهم حرية ابداء الرأى فيما ينظرونه من مسائل دون التقيد بما تصدره المصلحة من تعليمات تفسيرية وكتب دورية[١٠].

وكان رئيس اللجنة قبلا وفقا للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٥ يعين من بين القضاة ويندبه وزير العدل بالاتفاق مع وزير المالية الا أن هذا الغى بعد أن وجهت اليه من الانتقادات ما سبق أن ذكرناه آنفا، ومنها أن اسناد اعمال اللجنة الى رجال مصلحة الضرائب اقرب الى طبائع الأشياء.. كما أن رأى رجال مصلحة الضرائب قد يتغلب على رأى القاضى فى التصويت.

وينتقد البعض اسناد الرئاسة الى احد موظفى مصلحة الضرائب لأن من شأنه أن يجعل هذا الرئيس يدافع عن وجهة نظر المصلحة خاصة وأنه يلعب دورا رئيسيا فى اعداد رأى اللجنة وأن صوته يرجع عند تساوى الأصوات ، ويجمع بين صفتى الخصم والحكم فى نفس الوقت مما سعد الثقة عن نفوس الممولين[١١].

إلا أن هذا الانتقاد المو - الى تشكيل اللجنة مردود عليه بأن حجة الغاء رئاسة اللجنة بمعرفة قاضى كانت هى أن رجال مصلحة الضرائب اقرب الى طبائع الأشياء – ولن يكون الرئيس هنا حكما وخصما فى آن واحد .. ذلك أنه يمتنع على من كان طرفا فى الفحص والتقدير لأعمال الممول – أن يكون عضوا فى لجنة الطعن – ومن ثم فإن لجنة الطعن مهمتها الفصل فى النزاع بين الممول والمصلحة . ولا تتكلم باسم احد الطرفين بل تفحص اسباب الخلاف وتصدر قرارها.

وليس لرئيس اللجنة أن يغير هيئة اللجنة بأسرها – لأن ذلك ينطوى على اعطائه سلطة تنحية اعضاء اللجنة الأمر الذى لا يملكه الا وزير المالية ... وتقتصر سلطة الرئيس على ندب العضو

الاحتياطى بدلا من العضو الأصلى المتخلف[١٢].

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا إذا حضره اعضاؤها الموظفون، ويطبق عليهم عند ردهم القواعد الخاصة برد القضاة المقررة فى قانون المرافعات . وذلك لأن لجنة الطعن لجنة ادارية ذات اختصاص قضائى اذ أن عملها هو حسم ما يثور من نزاع بين الممول والمصلحة بعد صدور قرار المأمورية بربط الضريبة على الأساس الذى ارتأت المصلحة والخلاف الذى تنظر فيه اللجنة على هذا التحديد ليس مجرد تحديد لرقم الربح بل قد يكون متعلقا باساس التقدير – أو بغيره من أحكام قوانين الضرائب – الأمر الذى يصح معه القول بأن اللجنة تكون بصدد نزاع حقيقى بين الممول والمصلحة – ومن جهة اخرى فإن تكوين اللجنة ذاته يسمح بالقول بأن اعمالها ذات طبيعة قضائية إذ هى لا تتكلم باسم احد الطرفين بل تفحص اسباب الخلاف وتصدر قرارها بعد البحث والنقاش والتحرى على اساس ما قامت به من فحص.

وما دامت اللجنة ذات اختصاص قضائى – فإن القواعد العامة للمرافعات تكون واجبة الاتباع لأن مرمى هذه القواعد هو تطبيق وتوطيد العدالة والسير بالحق المتنازع فيه من وجهته السليمة – ولا يستقيم بدونها قضاء (بهذا افتى مجلس الدولة)[١٣] .

ثانيا : الاعضاء المختارون

يسمح القانون للممول – بناء على طلبه – أن يضم الى لجنة الطعن عضوين يختارهما من بين التجار أو رجال الصناعة أو الممولين أى أن ضم هذين العضوين ليس اجباريا.

بشرط أن يكون العضو المختار ممن يؤدون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن مائة جنيه فى السنة.

والحكمة من ترك الاختيار للممول لهذين العضوين هى أن يطمئن الى أنه يوجد ضمن أعضاء اللجنة من يتفهم حالته – طالما أنه لا يضيره اطلاع هذين العضوين على سر عمله[١٤]. وقد يرى الممول ان الأعضاء الحكوميين ليس لديهم المام كاف بالأمور الفنية للصناعة أو التجارة التى يباشرها[١٥].

الا أن عدم استعمال الممول لتلك الرخصة المخولة له باختيار هذين العضوين لا يترتب عليه بطلان تشكيل لجنة الطعن[١٦].

ويجب على الممول أن يعين العضوين المختارين قبل انعقاد الجلسة المحددة لنظر الطعن امام اللجنة بخمسة أيام على الاقل.. عملا بالتعليمات الصادرة من وزير المالية وذلك لكى يكون لدى رئيس اللجنة وقت كاف للتحقق من استيفاء العضوين للشروط اللازمة لصحة عضويتهما.

ويشترط فى العضوين المختارين الآتى:

أولا : أن يكونا من التجار أو رجال الصناعة أو من الممولين الذين يدفعون ضرائب مباشرة لا تقل عن مائة جنيه سنويا. ولم يحدد القانون نوع الضرائب مباشرة.

ثانيا : يلزم أن يتوافر فى العضو المختار فضلا عن النصاب المالى أن يكون متمتعا بالأهلية المدنية الكاملة وأن يكون محمود السيرة ، حسن السمعة، والا يكون قد حكم عليه لأمر مخل بالشرف[١٧].

وإذا تبين لرئيس اللجنة عدم توافر شروط العضوية فى العضو المختار فله أن يرفض ضمه الى اللجنة ... وأن يكلف الممول اختيار بديل له.

ولا يلزم القانون مصلحة الضرائب - أو لجنة الطعن بتنبيه الممول الى الرخصة المخولة له فى اختيار العضوين ولكن إذا استعمل الممول تلك الرخصة واختار العضوين أصبح لهما ما للاعضاء الحكوميين الآخرين من حقوق ، ويتعين على رئيس اللجنة ان يخطرهما بموعد ومكان انعقاد اية جلسة من جلسات اللجنة.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا بدعوة جميع الأعضاء الاصليين والمختارين للحضور ... ويجب أن يشترك العضوان المختاران فى المداولات وأن يكون لهما رأى معدود فى اصدار القرارات - ولا يعد رأيهما استشاريا إذ أن اعضاء اللجنة جميعهم سواء ليس لأحدهم ميزة تميزه على الآخر فى الرأى.

على أن عدم حضور العضوين المختارين جلسات اللجنة رغم دعوتها لا يعتبر شرطا لصحة انعقاد اللجنة - إذا أن القانون اشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور اعضائها الموظفين فقط... وأخذت محكمة النقض بهذا المعنى فحكمت بأنه «لا يترتب أى بطلان على تخلف العضوين المختارين عن الحضور فى الميعاد المحدد لانعقاد اللجنة.

ب - إجراءات نظر الطعن أمام لجنة الطعن الضريبي:

نصت المادة ١٥٩ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن «تخطر اللجنة كلا من الممول والمصلحة بميعاد الجلسة قبل انعقادها بعشرة ايام على الأقل - وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول - ولها أن تطلب من كل من المصلحة والممول تقديم ما تراه ضروريا من البيانات والأوراق - وعلى الممول الحضور أمام اللجنة اما بنفسه أو بوكيل عنه - والا اعتبر طعنه كأن لم يكن ما لم يبد عذرا تقبله اللجنة»[١٨].

ويبين من ذلك النص ما يأتى:

(١) إذا لم تعلن اللجنة الممول .. ونظرت التظلم فى غير حضوره .. ودون أن تسمع دفاعه يكون قرارها باطلا ولا تثريب عليها إن هى اصدرت قرارها فى غيبة الممول أو وكيله إذا كانت قد اعلنته قانونا ... ولا يقال أن البطلان يجب أن يكون به نص فى قانون الضرائب .. لأن هذا مردود عليه بأن قانون الضرائب إن كان لم يشتمل على أحكام تفصيلية لاجراءات الطعون الضريبية إلا أن هذا ليس معناه أن الأمر يجرى بغير اصول وضوابط ... بل يجب استلهام هذه الأصول والضوابط فى كنف قاعدة اساسية كلية تصدر عنها وتستقى منها الجزئيات وهى تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان للممولين .. ومن ثم فإن أى اخلال بالضمانات الواجب تحقيقها للممولين يجب أن يكون جزاؤها الحكم بالبطلان»[١٩].

(٢) ويجوز أن يحضر أمام لجان الطعن بالاشخاص المقيدة اسماؤهم بالسجل العام للمحاسبين والمراجعين ولم تشترط م ٢٦ مكرر من ق ١٣٣ لسنة ١٩٥١ الخاص بمزاولة مهنة المحاسبة والمراجعة المضافة بالقانون رقم ٣٩٣ لسنة ١٩٥٥ -

لحضورهم أن يقدموا توكيلا موثقا طبقا لقانون المحاماة[20] ... ولكن يشترط وجود توكيل خاص لمن يمثل الممول امام لجنة الطعن[21].

(٣) اغفال توقيع كاتب الجلسة على نسخة الحكم الأصلية - لا يترتب عليه بطلانها ما دامت موقعة من رئيس الجلسة[22].

(٤) يجب أن يكون اعلان قرارات لجان الطعن الضريبى بكتاب موصى عليه بعلم الوصول... وذلك لضمان وصول الاعلان للممول وان يكون علم الوصول هو سبيل اثباته عند الانكار وبحيث إذا لم يعلن الممول بهذا الطريق الذى رسمه القانون يفترض عدم علمه بالقرار . وينفتح ميعاد الطعن بهذا الاعلان[23] والتأشير على القرار بأنه ارسل للمأمورية فى تاريخ معين لا يبدأ به سريان الميعاد[24].

(٥) وقد نصت المادة ١٥٧ من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أنه «مع عدم الاخلال بحكم المادة ٧٢ من هذا القانون يكون للممول خلال ثلاثين يوما من تاريخ اخطاره بربط الضريبة فى الأحوال المنصوص عليها فى الفقرة (ب) من المادة ٤١ والمواد ٨٦ ، ١٠٦ - والفقرة ٢ من المادة ١٢٥ من هذا القانون أو من تاريخ توقيع الحجز عليه فى الاحوال المنصوص عليها فى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ١٤٩ من هذا القانون - أن يطعن فى الربط - فإذا انقضى هذا الميعاد دون طعن اصبح الربط نهائيا.

ويرفع الطعن بصحيفة من ثلاث صور يودعها الممول المأمورية المختصة وتسلم احداها للممول مؤشرا عليها من المأمورية بتاريخ تقديمها - وتثبت المأمورية ملخص الصحيفة فى دفتر خاص - وتعد كذلك ملخصا بالخلاف مع بيان اساس تقدير المصلحة للأرباح وعناصر ربط الضريبة.

وعلى المأمورية خلال ستين يوما من تاريخ تقديم صحيفة الطعن أن ترسلها الى لجنة الطعن مشفوعة بملخص الخلاف والاقرارات المستندات المتعلقة به وان تخطر الممول بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بعرض الخلاف على لجنة الطعن.

فإذا انقضى الميعاد المذكور ولم يخطر الممول بذلك كان له أن يعرض الأمر كتابة على رئيس اللجنة مباشرة أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول - وعلى رئيس اللجنة خلال عشرة ايام من تاريخ عرض الأمر عليه - أو وصول خطاب الممول اليه أن يطلب من المأمورية احالة الخلاف الى اللجنة خلال خمسة عشر يوما على الأكثر والا جاز له أن يصدر قرارا بتغريم المأمورية المختصة مبلغ عشرة جنيهات على الأقل - واخطار رئيس المصلحة لمساءلة رئيس المأمورية اداريا.

ويستفيد الشريك الذى لم يعترض أو يطعن من اعتراض أو طعن شريكه.

ويجوز للجنة عند رفض الطعن الزام الطاعن بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جنيها.

وقد نصت الاجراءات والقواعد التى تتبع أمام لجان الطعن على أنه تتبع بقدر المستطاع قواعد قانون المرافعات الخاصة باستجواب الخصوم والانتقال لمحل النزاع وسماع الشهود وتعيين

اهل الخبرة.. وذلك عند عدم وجود نص مخالف فى القوانين واللوائح الضريبية م ٢/١٦٠ من ق ١٥٧ لسنة ١٩٨١.

(٦) ونصت المادة ١/١٦٠ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تكون «جلسات اللجنة سرية وتصدر قراراتها مسببة بأغلبية الاصوات وفى حالة تساوى اصوات الحاضرين يرجح الجانب الذى منه الرئيس. ويوقع القرارات كل من الرئيس وامين السر خلال اسبوعين على الأكثر من تاريخ صدورها».

(٧) لا يجوز تخطى لجنة الطعن برفع الدعوى الضريبية رأسا أمام القضاء[٢٥] فقد ابان القانون الاجراءات التى يجب اتباعها فى شأن ربط الضريبة على الممولين - ومن بينها الاخطار بالنموذج ١٨، ١٩ ضرائب والحالات التى يرسل فيها الاخطار - كما نصت المادة ١٥٩ من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على اختصاص لجان الطعن بالفصل فى جميع أوجه الخلاف الناشئة بين المصلحة والممول .. وان لكل من مصلحة الضرائب والممول الطعن فى قرار اللجنة امام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية خلال شهر .. ويجوز استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية فى هذا الشأن ... ومفاد ذلك أن القانون قد كفل بيان اجراءات الربط والاخطارات المتعلقة بها وجعل الاختصاص فى جميع أوجه الخلاف التى قد تنشأ عنها بين مصلحة الضرائب والممول الى لجان الطعن ومن بعدها الى المحكمة الابتدائية .. وإذ كانت لجنة الطعن جهة ادارية - إلا أن ذلك القانون قد اسبغ عليها ولاية القضاء فى كل ما يحدث من خلاف فى التقدير أو فى النواحى القانونية سواء أكانت ذات صلة بالتقدير أم كانت قانونية بحتة ... ولذلك فقد حكم القضاء الاستئنافى بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتداء ببطلان اجراءات ربط الضريبة استنادا الى أن الأمر فى ذلك هو من اختصاص لجنة الطعن ابتداء.. فإن لم يرتض احد الطرفين قرارها كان له أن يطعن عليه أمام المحكمة الابتدائية المنعقدة بهيئة تجارية[٢٦].

وقد لخصت التعليمات رقم (١) والمنشورة فى الوقائع المصرية رقم ١٢١ فى ١٩٥٠/١٢/٢٥ الاجراءات والقواعد التى تتبع امام لجان الطعن فى تقديرات مأموريات الضرائب فى الآتى:

١ - تعد فى كل لجنة طعن سجلات تقيد فيها الطعون بأرقام مسلسلة حسب تواريخ ورودها ويبين بها سنوات الخلاف وتقديرات المأمورية وتاريخ أول جلسة وتاريخ الجلسة التى صدر فيها القرار ونصه وتاريخ اعلانه - وتعد ايضا فى كل لجنة سجلات للقضايا المعروضة فى كل جلسة ويعمل لكل طعن ملف يحمل الرقم المسلسل السابق ذكره.

٢ - يعين الممول العضوين الاختياريين قبل تاريخ انعقاد الجلسة المحددة لنظر الطعن بخطاب موصى عليه مع علم الوصول.

٣ - يخطر رئيس اللجنة هذين العضوين قبل تاريخ انعقاد الجلسة المحددة لنظر الطعن بخطاب موصى عليه مع علم الوصول.

٤ – يكون تحديد الجلسات التى تنظر فيها الطعن بمعرفة رؤساء اللجان مع مراعاة كل حالة وظروف استعجالها.

٥ – للممول أو الوكيل وللمصلحة الاطلاع على ملف الطعن بمقر قلم كتاب اللجنة قبل الجلسة بوقت كاف ويوقع المطلع بما يفيد ذلك.

٦ – تتبع بقدر المستطاع قواعد قانون المرافعات الخاصة باستجواب الخصوم والانتقال لمحل النزاع وسماع الشهود – وتعيين آل الخبرة وذلك عند عدم وجود نص مخالف فى القوانين واللوائح الضرائيبية ومع ملاحظة عدم جواز توقيع الجزاءات المنوه عنها فى قانون المرافعات.

٧ – يجب عمل محضر لكل اجراء تقوم به اللجنة يوقع عليه الرئيس والكاتب.

٨ – تدون قرارات اللجنة وتحفظ بطبعها فى دفاتر الكوبيا.

٩ – تعد نماذج الأوراق والاعلانات ومحاضر الجلسات والقرارات والرولات والملفات والسجلات اللازمة لقيد الطعون.

١٠ – وعلى اللجنة أن توافى مصلحة الضرائب بصورتين من القرار بأسبابه وقت اعلانه وللممول الحق فى استلام صورة رسمية من القرار بدون رسم.

١١ – تحفظ ملفات الطعون فى قلم كتاب اللجان نفسها[٢٧].

والتدقيق المتقدم فى الاجراءات المتبعة امام اللجان واتباع قواعد العدالة وما ورد منها فى قانون المرافعات لسن اكبر الضمانات للمتقاضين امام تلك اللجان

(٨) الاحالة على لجنة الطعن الضريبى ينقطع بها التقادم.. وكذلك ينقطع التقادم بالتنبيه على الممول باداء الضريبة.. وذلك علاوة على اسباب قطع التقادم المنصوص عليها فى القانون المدنى[٢٨].

(جـ) اختصاص لجنة الطعن الضريبى:

نصت المادة ١٥٩ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تختص لجان الطعن بالفصل فى جميع أوجه الخلاف بين الممول والمصلحة فى المنازعات المتعلقة بالضرائب المنصوص عليها فى هذا القانون[٢٩].

وتصدر اللجنة قرارها فى حدود تقدير المصلحة وطلبات الممول – ويعدل ربط الضريبة وفقا لقرار اللجنة .. فإذا لم تكن الضريبة قد حصلت فيكون تحصيلها على مقتضى هذا القرار.

ويبين من النص المتقدم الآتى:

أولا – أن اللجنة تختص بالفصل فى جميع أوجه الخلاف بين الممول والمصلحة.. سواء تعلقت تلك الخلافات بمسائل قانونية أم بتحديد مقدار الأرباح الخاضعة للضريبة وهى مسائل واقع.

ووضوح النص بتلك الطريقة ازال الخلاف الذى كان قائما بين رأى كان يرى أن مهمة اللجنة هى مجرد تحديد الأرباح .. وهى عملية ارقام وليس لها التعرض للمسائل القانونية إذ أن ذلك متروك للقضاء لكى يفصل فى الدفوع القانونية استنادا الى أنه قد يستعصى على اللجنة حل المسائل القانونية بسبب طبيعة تكوينها[٣٠].

ورأى آخر يرى أن اللجنة تختص بالفصل فى النزاع الذى يعرض عليها كاملا بلا

تجزئة بما يتضمنه من نقاط قانونية أو حسابية استنادا الى:

١ - القول بترك المسائل القانونية للقضاء للفصل فيها - معناه تجزئة النزاع الى جزئين جزء خاص بالناحية الحسابية ويعرض على ثلاث درجات هى لجنة التقدير والمحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف فى حين ان الجزء الخاص بالقانون يعرض على درجتين فقط.. وبذلك نكون قد حرمنا الطرفين من درجة من درجات التقاضى بالنسبة لبعض النزاع ... وهذا فيه مخالفة للقانون.

٢ - قلما يمكن الفصل بين النقط القانونية والنقط الموضوعية أو الحسابية فى النزاع ... ولو ابديت النقط القانونية فى شكل دفوع - فإذا استبعدت اللجنة النقط القانونية واصدرت قرارا فيما اعتقدته فقط من اختصاصها ، فإنها لا تكون قد فصلت فى النزاع المعروض عليها ويكون قرارها معيبا.

٣ - لجنة التقدير تقوم فى الواقع باختصاص قضائى ادارى - فهى هيئة قضائية وليست لجنة ادارية وهى بهذا الوصف يجب أن تقوم بوظيفتها القضائية كاملة بالفصل فى كل ما يعرض عليها من نقط النزاع تطبيقا للقواعد القانونية العامة[٣١].

ثانيا : أن للجنة أن تصدر قرارها فى حدود تقدير المصلحة وطلبات الممول.. وذلك حتى لا تصطدم بقاعدة ألا يضار طاعن بطعنه .. وهذا أوضحناه عند التفرقة بين لجان التقدير ولجان الطعن.

وقد ثار خلاف حول مدى سلطة اللجنة فى زيادة التقدير الذى يجريه مأمور الضرائب فذهب رأى الى أن اللجنة غير مقيدة بتقدير مأمورية الضرائب فلها أن تزيد عليه .. وهذا وقت ان كانت لجان تقدير وليس لجان طعن.. ومن ثم كانت هيئات تقدير اصلية لا هيئات تنظر فى تظلم عن تقدير سابق اجرته المأمورية.

وذهب رأى آخر الى أن نطاق اختصاص اللجنة محصور فى حدود الخلاف بين مأمورية الضرائب والممول ولا يجوز للجنة فى تقديرها للضريبة أن تنزل عن التقدير الذى قبله الممول نفسه ولا أن تزيد على ما قدرته المأموزية... واستند هذا الرأى على أن لجنة التقدير هيئة من هيئات القضاء الادارى - كنظيرتها المتعددة التى أوجدها المشرع المصرى للحكم فى منازعات أو جرائم معينة[٣٢].

وقد حسم المشرع هذا الخلاف ايضا بداية من القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ حتى القانون الحالى .. بالنص صراحة على أن اللجنة تصدر قرارها فى حدود تقدير المصلحة وطلبات الممول. وذلك تأسيسا على أن اللجنة اصبحت هيئة حكم لا هيئة تقدير.

الطعن فى قرارات لجنة الطعن الضريبى أمام المحكمة الابتدائية:

نصت المادة ١٦١ من ق ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أنه «لكل من مصلحة الضرائب والممول الطعن فى قرار اللجنة امام المحكمة الابتدائية - منعقدة بهيئة تجارية خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان بالقرار وترفع الدعوى المحكمة التى تقع فى دائرة اختصاصها المركز الرئيسى للممول أو محل اقامته المعتاد أو مقر المنشأة. وذلك طبقا لأحكام قانون

المرافعات المدنية والتجارية المشار اليه.

ومن النص المتقدم يبين الآتى:

١ - أن الخصم الذى له حق الطعن فى قرار اللجنة مصلحة الضرائب ... والممول الذى ربطت عليه الضريبة وإذا رفع الطعن من أحد الورثة يستفيد منه الباقين.

٢ - أن ميعاد الطعن هو ثلاثون يوما من تاريخ الاعلان بالقرار .. وإذا فوتت مصلحة الضرائب أو الممول الميعاد ولم يطعن أى منهما على قرار اللجنة اصبح هذا القرار نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضى به[٣٣] وإذا قدم الطعن الى المحكمة بعد الميعاد القانونى فإنه يعد باطلا[٣٤]. ولكننا نرى أن المحكمة فى هذه الحالة تقضى بسقوط الحق فى الطعن ... وليس بالبطلان.

٣ - والمحكمة المختصة بنظر الطعن هى المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية سواء قدم الطعن من الممول أو من مصلحة الضرائب التى يقع فى دائرة اختصاصها المركز الرئيسى للممول أو محل اقامته المعتاد أو مقر المنشأة.

٤ - لا تختص المحكمة الابتدائية الا بنظر الموضوعات التى كانت معروضة فعلا على لجنة الطعن ومن ثم لا تختص بنظر ما لم يسبق عرضه على تلك اللجنة . وذلك راجع الى أنه ليس للمحاكم سلطة التقدير ابتداء فما لم يكن قد سبق عرضه على اللجنة واصدرت قرارا فيه لا يجوز طرحه ابتداء امام المحكمة[٣٥] وقد قضت محكمة النقض بأن المحكمة لا تملك تقدير ارباح الممول ابتداء وانما تقتصر ولايتها على النظر فيما يقدم اليها من طعون فى قرارات لجنة تقدير الضرائب[٣٦].. وكانت اللجنة وقت ذاك لجنة تقدير لا لجنة طعن.

الا أن الخلاف إذا كان متعلقا بمسألة قانونية لا يجوز الاتفاق على خلاف ما يقضى به القانون فى شأنها .. فلا محاجة بأنها لم يسبق عرضها على اللجنة[٣٧].

يضاف الى ما تقدم ان المحكمة الابتدائية تختص بنظر ما عرض على اللجنة وفصلت فيه ضمنيا وليس صراحة[٣٨].

٥ - ان الطعن أمام المحكمة الابتدائية فى قرار لجنة الطعن يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة لا بطريق التكليف بالحضور والا كان الطعن باطلا. لرفعه بطريق التكليف بالحضور لا بطريق الايداع[٣٩] وهذا بالنسبة الى الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية.. اما الضريبة على التركات فيرفع الطعن بشأنها بطريق التكليف بالحضور لا بطريق الايداع وتقديم الصحيفة الى قلم الكتاب[٤٠].

٦ - يجب على الطاعن أن يضمن صحيفة طعنه بيانا كافيا للتعريف بالقرار المطعون عليه وتحديده ويمنع من التجهيل به .. وكفاية هذا البيان واقع يترك تقديره لقاضى الموضوع[٤١].

٧ - يجوز للمحكمة الابتدائية أن تنظر تلك الطعون المعروضة عليها فى جلسة سرية وذلك عملا بالمادة ١٦٣ من القانون رقم ١٥٧ سنة ١٩٨١ التى نصت على أن «الدعاوى التى ترفع من الممول أو عليه يجوز للمحكمة نظرها فى جلسة سرية - ويكون الحكم فيها دائما بوجه السرعة - وعلى أن تكون

النيابة ممثلة فى الدعوى يعاونها فى ذلك مندوب من مصلحة الضرائب.

٨ - بحسب المحكمة الابتدائية أن تؤيد قرار لجنة الطعن المودع ملف الدعوى، وتحيل الى اسبابه ليكون ما يحويه هذا القرار من وقائع وأسباب ورد على دفاع الطاعن جزءا متمما له .. ولا يعيب الحكم أنه لم يدون تلك الأسباب ويرصدها كلها أو بعضها ما دامت قد اصبحت بهذه الحالة ملحقة به(٤٢).

الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبى والتكييف القانوى لما يصدر عنها من أعمال:

ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبى.. وانقسمت الآراء الى ثلاثة:

أولا : رأى اعتبرها لجنة ادارية بحتة :

ويذهب أنصار هذا الرأى - وهم قلة - إلى اعتبار لجان الطعن الضريبى من قبيل اللجان الادارية حتى بعد صدور القانون رقم ١٤٦ سنة ١٩٥٠ الذى استبدل لجان التقدير بلجان الطعن .. وكانت محكمة النقض وبحق تعتبر لجان تقدير الضرائب من قبيل اللجان الادارية، لأنها لا تفصل فى خصومة ، فسلطة هذه اللجان فى التقدير، سلطة تباشرها بوصف كونها الهيئة المختصة بالتقدير إبتداءً لا هيئة تنظر طعنا فى تقدير المأمورية(٤٣).

ويستند هذا الرأى - إلى أن المقصود بالعمل القضائى هو تقرير قانونى - أى تثبت أو تحقق يؤديه باسم الدولة عضو مستقل محايد - فى نطاق اجراءات خاصة - تعرف بالاجراءات القضائية ، ولهذا التقرير قوة الحقيقة القانونية ، فإذا ما طبق هذا التعريف على لجان الطعن تبين أن رئيسها ليس قاضيا - وانما هو موظف ادارى تابع لرئيس له حق التوجيه والتصحيح والتأديب - ولا يمكن اعتباره شخصا محايدا - فهو خصم وحكم فى نفس الوقت ، فضلا عن أعضاء اللجنة الاصليين من موظفى مصلحة الضرائب الخاضعين لها الذين يتلقون التوجيهات والحلول منها ، ومعنى هذا عدم توفر عنصر الحيدة الذى يشترط توافره فى العمل القضائى.

ويرى هذا الرأى ايضا أنه حتى فى ظل تعديل سنة ١٩٥٠ الذى جعل الرئاسة لقاضى، فإن قرارات اللجنة لم تكن جديرة بوصف العمل القضائى - رغم وضوح نية المشرع وقتئذ من أنه يقصد أن يجعل من تلك اللجان جهة قضاء .. وذلك لأن لجنة الطعن كانت يومها تنعقد من ثلاثة اعضاء احدهم الرئيس وهو القاضى والآخران موظفا مصلحة الضرائب - وكانت القرارات تصدر بالأغلبية وكان يمكن أن يصدر القرار برأى موظفا مصلحة الضرائب فقط إذا اتفقا دون القاضى، ومن ثم ظلت مصلحة الضرائب خصما وحكما ايضا فى ظل تعديل سنة ١٩٥٠.

واستند ايضا هذا الرأى الى أن اللجنة غير مقيدة بالقواعد الشكلية الواردة فى قانون المرافعات فإذا اشترك فى اصدار قرارها عضو لم يسبق له سماع اقوال الممول .. لا يبطل قرارها لأن حضور الممول وسماع اقواله ليس بلازم لصحة قرارها.

ولا يبطل قرارها ايضا إذا كان من بين أعضائها من

موظفى مصلحة الضرائب من سبق له ابداء الرأى[٤٤].

وهذا واضح تبنيه للمعيار الشكلى.. حتى أنه عند جعل اللجنة برئاسة قاضى استلزم أن يكون بقية الاعضاء قضاة .. كما أنه متأثر بالاوضاع السارية وقت ان كانت اللجان لجان تقدير وليس لجان طعن.. لأن المطاعن الموجهة الى تلك اللجان ان كانت لا تبطل قرارات لجان التقدير الا أنها اصبحت تبطل قرارات لجان الطعن .. كما سبق أن بينا.. بل أن لجان الطعن حاليا تتقيد تماما بما ورد فى قانون المرافعات من اشكال واجراءات تحقيقا لضمانات التقاضى أمامها.

ثانيا : رأى اعتبرها لجنة ادارية ذات اختصاص قضائى:

يذهب اكثر الفقه فى مصر - مؤيدا من محكمة النقض الى اعتبار هذه اللجان من قبيل اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى.

وقد استند الفقه الى أن لجان الطعن الضريبى تباشر نوعا من الولاية القضائية - فهى تختص بنظر الخلافات التى تثور بين الممول ومصلحة الضرائب بعد صدور قرار الادارة بربط الضريبة على الممول على الأساس الذى ارتأته المصلحة، كما أنها تنظر الخلافات جميعه.. ما تعلق منه برقم الربح أو بأساس التقدير .. أى أنها تنظر منازعات حقيقية بين الممول والمصلحة وليس مجرد صعوبات تقوم خلال تناول المأمور وجهات النظر قبل أن تصبح الضريبة واجبة الاداء[٤٥].

يضاف الى ذلك أن اللجنة لا تتكلم باسم احد الطرفين بل تفحص اسباب الخلاف وتصدر قرارها بعد البحث والنقاش على اساس ما قامت به من فحص[٤٦].

وقد ايدت محكمة النقض المصرية هذا الرأى قضت بأن «لجنة الطعن هيئة ادارية الا أنها وقد اعطاها القانون ولاية القضاء للفصل فى خصومة بين الممول ومصلحة الضرائب فقد وجب عليها وهى بهذه الصفة أن ترتبط بالاصول الهامة والمبادىء العامة للتقاضى والتى من مقتضاها الا تتعرض لنزاع غير معروض عليها»[٤٧].. كما قضت محكمة النقض بأن «لجان فحص الطعون الضريبية بحسبانها لجان ادارية ذات اختصاص قضائى - وترتبط بالأصول والمبادىء العامة للتقاضى .. فإن ما تصدره من قرارات بمقتضى صفتها المذكورة يحوز قوة الأمر المقضى فيه[٤٨].

وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية بأن «لجنة الطعن فى تقدير الضريبة - تعتبر لجنة ادارية ذات اختصاص قضائى - ومن ثم فإن قرارها الصادر فى حدود اختصاصها يحوز حجية الشىء المقضى به - فلا يسوغ لهذا الفصل فى طعن سبق أن فصلت فيه وقالت كلمتها فى موضوعه والا جاز الدفع امامها بعدم جواز اقامة الطعن لسابقة الفصل فيه - كما يجوز الدفع به لدى الطعن فى هذا القرار امام المحكمة الابتدائية»[٤٩].

ويرتب انصار هذا الرأى على اعتبار لجان الطعن ذات طبيعة قضائية ما يأتى:

١ - أن تلك اللجان تتبع واعد العامة فى قانون مرافعات . من تحقق من فة الخصوم وسندات الوكالة عنهم وألا تصدر قرارها الا

بعد المداولة والمناقشة والمرافعة .. وتمكن الخصوم من ابداء دفاعهم ودفوعهم.

٢ - يجب أن تكون الهيئة التى اصدرت القرار هى الهيئة التى استمعت الى المرافعة وقامت بالمداولة .. ولا يكون من بين اعضائها من يرى رأيا أو باشر عملا متعلقا بتقدير الأرباح المتنازع عليها. ويرد على اعضاء اللجنة ما يرد على القضاء من اسباب للرد.

٣ - لا تقبل اللجنة توجيهات أو تعليمات من الحكومة الا ما تضمنته القوانين وتطبقه المحاكم .. ولا تتقيد بمنشورات مصلحة الضرائب أو تعليماتها الادارية .. وقراراتها تعتبر نافذة فى حق مصلحة الضرائب ما لم تطعن فيها بالطرق التى رسمها القانون ويقبل طعنها ويلغى قرار اللجنة[٥٠].

ثالثا : رأى اعتبر اللجنة محكمة ادارية:

يذهب رأى الى اعتبار لجان الطعن من قبيل المحاكم الادارية.. ويستند هذا الرأى الى أن مصلحة الضرائب والممول يقف كلاهما امام اللجنة للدفاع عن وجهة نظره - ويكون قرارها ملزما لكليهما فى الحدود التى قررها القانون .. كما أن قراراتها تكون ملزمة ونافذة بغير حاجة الى تصديق من المصلحة أو من الوزارة .. وان المصلحة والممول سواء بسواء ليس لها أن تتحلل من قرار اللجنة إذا كان مجحفا بها الا عن طريق الطعن امام المحكمة التجارية.

وليس لمصلحة الضرائب أن تصدر الى اللجنة اوامر أو تعليمات فى شأن القيام بمهمتها - ولا يجوز لها أن توجهها توجيها معينا .. أو أن تفرض عليها رأيا فى مسألة معينة معروضة عليها. وإذا ارسلت لها المنشورات أو التعليمات التى تصدرها فإنما يكون ذلك على سبيل الاحاطة والعلم وللاستئناس فقط عند الاقتضاء[٥١].

رأينا الخاص :

بعد أن استعرضنا تشكيل لجان الطعن الضريبى على مر القوانين المتعاقبة وكذلك طرق وإجراءات التقاضى أمامها وكيفية الطعن على ما يصدر عنها من أعمال .. ومناط إختصاصها والآراء التى قيلت حول الطبيعة القانونية لتلك اللجان ومدى تشعبها وإختلافها .. نحاول فى ختام هذا البحث أن ندلو بدلونا فيه إبتغاء إماطة اللثام حول الطبيعة القانونية لتلك اللجان .. هل هى لجان إدارية أم لجان قضائية؟؟ وبالتالى هل ما تصدره تلك اللجان أحكاما قضائية أم قرارات إدارية؟؟ وذلك بنظرة علمية منطقية محايدة بعيدة عن كل تعصب أو غرض أو هوى..

إن السبب الرئيسى فى صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبي هو عدم التوصل حتى الآن الى معيار جامع مانع شامل يميز بين العمل الادارى والعمل القضائى[٥٢] وكل المعايير سواء الشكلية أو الموضوعية أو المختلطة لم يسلم منها واحد من سهام النقد، وتعرضت لكثير من المآخذ، كما أن أحكام القضاء سواء العادى أم الادارى ما زالت مترددة بين تلك المعايير التى اقترحها الفقه وغير مستقرة على معيار معين.

بل أن القول الادارى استقر اخيرا على الأخذ بمعيار مزدوج «أى بالمعيارين الشكلى والموضوعى معاً» هو قول يجافى المنطق لأن الأخذ

بأحد المعيارين يستبعد منطقيا تطبيق المعيار الآخر[٥٣].

والتعريف التقليدى للقرار الادارى والذى يلتزمه مجلس الدولة المصرى فى احكامه باستمرار يعتمد على ابراز عناصره حيث يقول «هو إفصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة، بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانونى معين، متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة».

كما عرف مجلس الدولة القرار القضائى بأنه «ما يحسم على أساس القاعدة القانونية، خصومة قضائية تقوم بين خصمين، وتتعلق بمركز قانونى خاص أو عام، ولا ينشىء القرار مركزا قانونيا جديدا، وإنما يقرر فى قوة الحقيقة القانونية وجود حق لأى من الخصمين أم عدم وجوده، ويكون القرار قضائيا متى اشتمل على هذه الخصائص ولو صدر من هيئة لا تتكون من عناصر قضائية، وإنما أسندت اليها سلطة قضائية إستثنائية للفصل فيما يناط بها من الخصومات[٥٤]».

وبعد أن استعرضنا تعريف مجلس الدولة المصرى للقرار الادارى والقرار القضائى فإنه لا ريب فى أن إدماج عمل ما، فى طائفة الأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة أمر يؤدى الى نتائج بعيدة المدى، لا مثيل لها إذا ما اعتبر هذا العمل عملا إداريا:

(١) فمن ناحية [illegible] القاضى [illegible] إلا فى دعوى أقيمت امامه، فه[illegible] [illegible]طيع إذن أن يتصدى لمسرعة من تلقاء نفسه ليصدر فيها حكما، أما القرار الادارى فقد يصدر بناء على طلب مقدم من ذوى الشأن، ولكنه قد يصدر دون طلب، وذلك أيا كان موضوع القرار.

(٢) ومتى صدر الحكم إمتنع اعادة النظر فيه من أية جهة، حتى من الجهة التى اصدرته، الا باتباع احدى الطرق المقررة للطعن فى الأحكام، أما القرار الادارى فيجوز للجهة التى اصدرته أو لجهة اعلى منها، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من ذوى الشأن تعديله أو سحبه أو الغاءه مع ملاحظة الفروق القائمة بين السلطة الرئاسية وسلطة الرقابة على الهيئات الادارية اللامركزية.

(٣) أضف الى ذلك، فإنه متى صار الحكم نهائيا بفوات مواعيد الطعن فيه أو باستنفادها صار عنوانا للحقيقة، وامتنع المساس به نهائيا حتى بمناسبة النظر فى قضية أخرى، أما القرار الادارى فيجوز دائما الادعاء بعدم مشروعيته للمطالبة بالتعويض عنه ما لم يسقط هذا الحق بمضى مدة معينة، وفى الأنظمة التى تعرف قضاء الالغاء، يجوز دائما حتى بعد فوات ميعاد الطعن بالالغاء، الدفع بعدم مشروعية القرار بمناسبة اية دعوى للتوصل ليس الى الغاء القرار ولكن الى استبعاد تطبيقه.

(٤) كما أن جهة الادارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها وغير ملزمة أيضا باتخاذ القرار طبقا لاجراءات معينة، ما لم يرد النص على خلاف ذلك، أما الحكم فيجب دائما ودون حاجة الى نص صريح، أن يصدر بعد سماع أقوال الاطراف المعنية، والالتزام بالقواعد المنظمة فى القانون الاجرائى، ومن ابرزها تسبيب الأحكام وكفالة حق الدفاع وما الى ذلك من

الضمانات الجوهرية التى يكفلها القانون للمتقاضين.

(٥) علاوة على ذلك فالقرار الادارى كأى عمل ادارى تجوز المطالبة بالتعويض عنه إذا ما توافرت اركان المسئولية، وعلى خلاف ذلك فالأصل أن الأحكام القضائية لا تجوز المطالبة بالتعويض عنها[٥٥].

(٦) والأصل فى القرار الادارى أنه يصدر من سلطة تقديرية، بحيث تكون الادارة حرة فى تحديد نوع القرار وفى إتخاذه أو عدم اتخاذه، وفى تحديد وقت اصداره، ومع ذلك فإن القرار الادارى يصدر أحيانا فى سلطة مقيدة بحيث تلتزم الادارة باتخاذ قرار معين إذا ما توافرت شروط معينة، أما القاضى فهو مقيد باصدار حكم فى الدعوى المقامة امامه وبأن يصدره على أساس قانونى محدد تبعا لنوع الدعوى، ولا يتمتع بسلطة فى التقدير الا استثناء، كما هو الحال بخصوص ما يملكه القاضى الجنائى عندما يحدد نوع العقوبة ومقدارها ضمن حدى العقوبة الأدنى والأقصى كما يحدده النص.

(٧) كما أن الطعن فى الحكم القضائى النهائى يكون بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا للطعن فى الأحكام (كطريق النقض مثلا) أما العمل الادارى فسبيل الطعن فيه هى دعوى تجاوز السلطة، فضلا عن أن الطعن فى العمل القضائى قاصر على طرفى الخصومة، أما فى العمل الادارى فهو حق لكل ذى مصلحة، والملاحظ أن سلطة المحكمة فى الطعن بالالغاء هى أوسع من سلطتها فى الطعن بالنقض لأنها تمتد لرقابة صحة الوقائع الى جانب الرقابة القانونية.

وبعد أن تناولنا تشكيل لجنة الطعن الضريبى وطرق إجراءات التقاضى أمامها والمنازعات التى تختص بالفصل فيها، وعرفنا القرار الادارى والحكم القضائى وما يترتب على كل منهما من نتائج نستطيع الآن أن نحدد الطبيعة القانونية للجنة الطعن الضريبى هل هى لجنة ادارية تصدر قرارا إداريا، أم لجنة ادارية تصدر قرارا اداريا أم حكما؟ أم لجنة قضائية تصدر أحكاما قضائية؟ وهذا كله سيكون حصيلة نتائج علمية منطقية لما عرضنا له مقدما.

ومما تقدم نستطيع أن نقول أن لجنة الطعن الضريبى لجنة قضائية تصدر أحكاما قضائية إستنادا الى الأسباب القانونية والمنطقية الآتية:

أولا : أن عدم تشكيل لجنة الطعن الضريبى من قضاة بالكامل أو جعلها برئاسة قاضى لا يسقط عنها وصف اللجنة القضائية وذلك لأن تعريف القرار القضائى الذى استقر عليه مجلس الدولة المصرى جاء به أنه «يكون القرار قضائيا... ولو صدر من هيئة لا تتكون من عناصر قضائية، وإنما اسندت اليها سلطة قضائية إستثنائية للفصل فيما نيط بها من الخصومات»[٥٦].

أى أن القرار يعتبر قضائيا - أى حكما - متى توافرت له خصائصه التى ذكرناها ولو صدر من هيئة لا تتكون من قضاة.

ثانيا : أن القول بأن العمل يعتبر اداريا إذا صدر من جهة تتبع الادارة، ويعتبر قضائيا إذا صدر من جهة تابعة للسلطة القضائية قول منتقد من ناحيتين:

الأولى : أن جميع الأعمال الصادرة لها من السلطة

القضائية لا تعتبر أحكاما بل منها ما يعتبر اعمالا ادارية بطبيعتها كالأعمال الداخلة فى وظيفة القاضى الولائيــة. وبعبارة اخرى فإنه ليس كل ما يصدر عن القاضى هو دائما حكم.

والثانية : ليس كل حكم يجب أن يصدر عن قاضى، لأن المشرع كثيرا ما يخول الجهات الادارية سلطة إصدار أحكام بمعنى الكلمة، وهى اغلب الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى، والتى ورد عليها النص صراحة فى المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ سنة ١٩٧٢[٥٧].

ثالثا : أن لجنة الطعن الضريبى لا تصدر حكما الا فى نزاع اقيم أمامها ، ولا تستطيع أن تتصدى لمنازعة من تلقاء نفسها لتصدر فيها حكما .. كما فى القــرار الادارى.

ويؤيد هذا النظر قضاء النقض القائل «أنه وإن كانت لجنة الطعن الضريبى هيئة ادارية، الا أنها وقد اعطاها القانون ولاية القضاء للفصل فى خصومة بين الممــول ومصلحة الضرائب، فقد وجب عليها - وهى بهذه الصفة - ان ترتبط بالأصول الهامة والمبادىء العامة للتقــاضى والتى من مقتضاهــا ألا تتعرض لنزاع غير معروض عليها[٥٨].

رابعا : متى أصدرت لجنة الطعن الضريبى حكمهــا ، امتنع اعادة النظر فيه من أية جهة حتى من الجهة التى اصدرته وهى اللجنة ... الا باتباع ... الطرق المقررة للطعن فى الاحكام، بعكس القرار الادارى الذى يجوز للجهة التى اصدرته أو لجهة اعلى منها ، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من ذوى الشأن تعديله أو سحبه أو الغاؤه.

خامسا : متى صار حكم لجنة الطعن الضريبى نهائيا بفوات مواعيد الطعن فيه أو باستنفادهــا، صار عنوانـــا للحقيقة، واكتسب حجية الأمر المقضى التى لا تثبت الا للأحكام القضائية القطعية[٥٩] وامتنع المساس به نهائيا حتى بمناسبة النظر فى قضيــة اخرى، بعكس القرار الادارى فيجوز دائما الادعاء بعدم مشروعيته للمطالبة بالتعويض عنه على التفصيل المتقدم.

سادسا : أن لجنة الطعن الضريبى قد اعطاها المشرع ولاية القضاء للفصل فــى الخصومــات بيــن مصلحــة الضرائب والممولين.. فقـد أوجب عليها وهى بهذه الصفة أن ترتبط بالأصول الهامة والمبادىء العامة للتقــاضى ومنها سماع أقوال الاطراف المعنية، وكفالة حق الدفاع، والالتزام بالقواعد المنظمة فى القانون الاجرائى، وتسبيب احكامها وقد قضت محكمة النقض تأييدا لهذا النظر بأنه «وإن كانت لجنة الطعــن الضريبى هيئة إدارية إلا أنها وقد أعطاها القانون ولايــة القضاء للفصل فى خصومة بيــن الممـــول ومصلحـــة الضرائب - يجب وهى بهذه الصفة - أن ترتبط بالأصول الهامة والمبــادىء العامـــة للتقاضى والتى من مقتضاها أن لا يجلس للفصل فــى خصومة من سبق له ابداء الرأى فيها، ومن ثم فإن ما إنتهى اليه الحكم المطعون فيه من بطلان قرار لجنة الطعن تأسيسا علــى أن المأمــور الفاحص لأرباح الممول عن سنة النزاع قد اشترك فى اصداره لا مخالفــة فيـــه للقانون[٦٠].

سابعا: أن القرار الادارى، الادارة طرف فيه لأنها هى

صاحبته التى اصدرته، والتى لها أن تسحبه أو تعدله أو تلغيه ، ولا توجد جهة إدارية تصدر قرارا إداريا ثم تطعن عليه، فى حين أن المشرع أباح لمصلحة الضرائب وهى الجهة الادارية وكذلك الممول حق الطعن على قرار لجنة الطعن الضريبى أمام المحكمة الابتدائية وذلك راجع الى أن لجنة الطعن الضريبى ليست طرفا فى الخصومة وإنما هى هيئة منبتة الصلة عن طرفى النزاع وهما الممول ومصلحة الضرائب واللذان لهما أن يطعنا على حكم اللجنة امام المحكمة الابتدائية.

.. تلك هى الأسباب التى نستند اليها فيما ذهبنا اليه من أن لجنة الطعن الضريبى هى لجنة قضائية تصدر احكاما بمعنى الكلمة.

كيف يمكن الاستفادة من لجان الطعن الضريبى؟

إن لجان الطعن الضريبى كنظام موجود وقائم فى القانون الضريبى المصرى ممكن الاستفادة منه والاستعانة به فى تخفيف العبء عن القضاء المصرى لو أوليناه قدرا من العناية والاهتمام والتنظيم بحيث نجرده من السلبيات التى تنسب اليه كميل اعضاء اللجان الى جهة الادارة بحكم انتسابهم اليها وذلك عن طريق انشاء ادارة بوزارة العدل للتفتيش على أعمالهم فى تلك اللجان ومتابعتها اسوة بما هو متبع فى التفتيش على أعضاء الادارات القانونية بشركات القطاع العام، وينهى ندب عضو اللجنة الذى يثبت عدم صلاحيته فنيا للتصدى للعمل القضائى، وذلك حتى لا تكون تلك اللجان اعصابيه مجرد أداة فى ايدى الرؤساء الاداريين، مما يؤثر تأثيرا سيئا فى أدائها لوظيفتها.

.. ولا ننسى فضل لجان الطعن الضريبى فى تخفيف العبء الواقع على كاهل القضاء وسرعة فصلها فى المنازعات التى تعرض عليها وذلك لعدم حاجة اعضائها الفنيين لاحالة تلك المنازعات الى الخبراء. وهذا يقصر أمد التقاضى.

الصديق المزيف كالظل ، يمشى ورائى عندما أكون فى الشمس ، ويختفى عندما أكون فى الظلام .

« جبران خليل مطران »

هوامش

(١) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٨٣ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٢/١٧ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٣٣ ص ٧٨٥.

(٢) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٣٥٩ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٤ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٣٦ ص ٧٨٥ وذات المعنى الطعن رقم ١١٧ سنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٠/٦/١ ذات المجموعة رقم ٤٠ ص ٧٨٦.

(٣) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٦٤ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٤/٧ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٣٤ ص ٧٨٥ وذات المعنى الطعن رقم ٥١ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٨، الطعن ٣٥٩ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٤، الطعن رقم ٤٣٠ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٧ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٣٧ ص ٧٨٥ ، الطعن رقم ١١٧ سنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٠/٦/١ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٤٠ ص ٧٨٦.

(٤) انظر نقض مدنى الطعن رقم ٤٩ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٢٨ ص ٧٨٤ ، وذات المعنى الطعن رقم ١٨١ سنة ١٩ جلسة ١٩٥٠/٦/١ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٢٧ ص ٧٨٣.

(٥) أنظر نقض مدنى الطعن رقم ١٢٣ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٢٩ ص ٧٨٤.

(٦) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٨٨ سنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٣٢ ص ٧٨٤.

(٧) راجع نقض مدنى الطعن رقم ١٧٠ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/١٨ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٣٠ ص ٧٨٤.

(٨) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٨٨ سنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٣٢ ص ٧٨٤.

(٩) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٤٦ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٣ مجموعة المكتب الفنى س ٩ ص ١٩٧.

(١٠) محمد مرسى فهمى، الضريبة على الأرباح التجارية وتطبيقاتها العملية الجزء الأول سنة ١٩٥٦، ص ٣٢٤.

(١١) د. زكريا محمد بيومى، الطعون القضائية فى ربط الضرائب على الدخل سنة ١٩٧٤، ص ٢١٤.

(١٢) تعليمات تفسيرية برقم (١) تحل محل الكتاب الدورى الصادر فى ١٩٥٤/١٠/٤.

(١٣) مجموعة قوانين الضرائب فى مصر، محمد بدران، الطبعة الثالثة سنة ١٩٧١ ص ٢٦١. و ص ٢٦٢.

(١٤) حبيب المصرى، ضرائب الدخل فى مصر، سنة ١٩٤٥، ص ٥٢٩.

(١٥) محمد رشاد، ضريبة الارباح التجارية والصناعية فى التشريع المالى المصرى، الطبعة الأولى،



ص ٢٢٨ و د. محمد طه بدوى و د. محمد حمدى النشار، اصول التشريع الضريبي المصرى ص ٦٣٢، سنة ١٩٥٩.

(١٦) نقض مدنى الطعن رقم ١٧٠ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/١٨ مج ٢٥ سنة م. . رقم ٣٠ ص ٧٨٤.

(١٧) د. زكريا البيومى، المرجع السابق، ص ٢١٧، وما بعدها.

(١٨) راجع : النظام الضريبي المصرى د. السيد عبد المولى ص ٥٠١ طبعة ١٩٩٠.

(١٩) د. زكريا البيومى، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(٢٠) نقض مدنى، الطعن رقم ٤٧ سنة ٤٧ ق. ١٩٧٩/١٢/٤ مج المكتب الفنى س ٣٠ رقم ٣٦٨ ص ١٥٥.

(٢١) د. زكريا البيومى، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

(٢٢) نقض مدنى الطعن رقم ١٣٣ سنة ٣١ ق. ١٩٦٧/٣/١ س ١٨ رقم ٧٩ ص ٥٢٢.

(٢٣) نقض مدنى الطعن رقم ٧٧١ سنة ٤٤ ق. ١٩٧٨/١/٢٤ مج المكتب الفنى س ٢٩ رقم ٦١ ص ٢٩٩.

(٢٤) نقض مدنى الطعن رقم ١٠٩٠ سنة ٤٨ ق. ١٩٧٩/٣/٢٠ مج المكتب الفنى س ٣٠ رقم ١٦٢ ص ٨٧٧.

(٢٥) تعليمات تفسيرية رقم (٢) الصادرة فى ١٩٦٤/١٠/٧ منشورة فى مجموعة قوانين الضرائب فى مصر - محمد بدران - الطبعة الثالثة ص ١٩٦٢ سنة ١٩٧١، وفى نفس المعنى نقض مدنى الطعن رقم ٣٧٩ سنة ٣٧ ق.

(٢٦) المرجع السابق.، وحكم محكمة الاستئناف الدائرة العاشرة فى الاستئناف رقم ٧٩١ سنة ٧١ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ منشور فى المرجع السابق، محمد بدران، ص ٢٦٢. انظر التشريع الضريبي المصرى د. عاطف صدقى سنة ١٩٦٨ ص ٣٥٥.

(٢٧) مجموعة قوانين الضرائب فى مصر، محمد بدران، الطبعة الثالثة، سنة ٧١ ١٩، ص ١٨٧.

(٢٨) نقض مدنى الطعن رقم ٣٦٦ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/١١ مج المكتب الفنى س ٢٥ ص ٢٣٨.

(٢٩) راجع د. السيد عبد المولى - المرجع السابق ص ٥٠٣ طبعة ١٩٩٠.

(٣٠) حبيب المصرى، مرجع سابق، ص ٥٧٢، محمد رشاد، المرجع السابق ص ٢٢٨.

(٣١) عبد الحميد توكل وآخرون، المرجع السابق ص ١٦٩. ويلاحظ أن هذا الرأى اعتبر لجنة الطعن الضريبي هيئة قضائية، ودرجة من درجات التقاضى.

(٣٢) د. زكريا البيومى، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

هوامش

(٣٣) نقض مدنى الطعن رقم ٧٠ سنة ٣٩ ق ١٩٧٥/٢/٢٦ مج المكتب الفنى س ٢٦ رقم ٩٩ ص ٤٩٥.

(٣٤) د. زكريا البيومى، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٣٥) نقض مدنى الطعن رقم ١٥٧ سنة ١٨ ق. ١٩٥٠/٦/٨ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ١٢٥ ص ٨٠٣ وفى نفس المعنى الطعن رقم ١٣٠ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/١٨ مج المكتب الفنى س ٢٥ رقم ٢٤٦ ص ١٤٥٢.

(٣٦) نقض مدنى الطعن رقم ١٠٢ سنة ٢٠ ق. ١٩٥٢/٢/٢١ مج ٢٥ جـ ٢ رقم ١٢٦ ص ٨٠٣.

(٣٧) نقض مدنى الطعن رقم ٤١ سنة ٣٧ ق. ١٩٧٤/٢/٢٧ مج المكتب الفنى س ٢٥ رقم ٧١ ص ٤٣٩، والطعن رقم ٢٣١ سنة ٣٧ ق. ١٩٧٤/٤/٣٠ س ٢٥ ص ٦٣٦.

(٣٨) نقض مدنى الطعن رقم ٨ سنة ٤٤ ق. ١٩٧٧/١٢/٩ س ٢٨ رقم ٩٢ ص ٤٨١.

(٣٩) نقض مدنى الطعن رقم ٧٦٧ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/٤ س ٢٥ رقم ٢٢٨ ص ١٣٥١، ١٢٤ سنة ٣٨ ق، ١٨٣ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/١٥ س ٢٥ رقم ٢٤٥ ص ١٤٤٣

(٤٠) نقض مدنى الطعن رقم ٣ سنة ٣٣ ق. ١٩٧٠/١٢/٢٣ س ٢١ رقم ٢٠٩ ص ١٢٨١ وهذه التفرقة اصبحت غير موجوده فى ق ١٥٧ سنة ١٩٨١ واصبحت احكام قانون المرافعات هى المعمول بها .

(٤١) نقض مدنى الطعن رقم ٢٢ سنة ٣٣ ق. ١٩٧١/١/٢٧ س ٢٢ رقم ٢٤ ص ١٣٩.

(٤٢) نقض مدنى الطعن رقم ١٠٣ سنة ٣١ ق. ١٩٦٧/٢/٢٢ س ١٨ رقم ٦٦ ص ٤٤٠.

(٤٣) نقض مدنى الطعن رقم ٤٩ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١ مج ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٢٨ ص ٧٨٤، وذات المعنى الطعن رقم ١٥٧ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٦/٨ المجموعة السابقة رقم ١٢٥ ص ٨٠٣، والطعن رقم ١٢٣ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣ المجموعة السابقة رقم ٢٦ ص ٧٨٤.

(٤٤) وهذا الرأى يتبناه د. القطب طبلية، د. زكريا البيومى.

(٤٥) د. حسين خلاف، لجان التقدير فى ضريبة الأرباح التجارية والصناعية، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(٤٦) د. محمود رياض عطية، الوسيط فى تشريع الضرائب سنة ١٩٦٥، ص ٣٩.

(٤٧) نقض مدنى الطعن ٧٥٧ سنة ٤٠ ق. ١٩٧٩/٤/١٧ س ٣٠ رقم ٢١٠ ص ١٣٩، الطعن رقم ٢٧٩ سنة ٢٦ ق. ١٩٧٤/١/٩ س ٢٥ رقم ٢٢ ص ١١٩.

(٤٨) نقض مدنى الطعن ٥٤٢ سنة ٤٥ ق. ١٩٧٨/٢/٢٨ س ٢٩ رقم ١٢٠ ص ٦٣٦.

(٤٩) محكمة القاهرة الابتدائية الدائرة ٣٣ ضرائب، القضية رقم ٨٤١ سنة ١٩٦٢ كلى ضرائب جلسة ١٩٦٤/٣/٨، منشور بمجلة قضايا الدولة سنة ١٩٦٥ ع ٣ ص ٢٠٨.

(٥٠) عبد الحميد توكل، المرجع السابق، ص ١٧٠.

هوامش

(٥١) حبيب المصرى، المرجع السابق ص ٥٧٠ وما بعدها.

(٥٢) راجع رسالتنا للدكتوراه - المحاكم الخاصة فى مصر طبعة سنة ١٩٩٠ - الفصل الرابع والذى تحدثنا فيه عن المعيار المميز للعمل الادارى عن العمل القضائى من ص ٥٨٣ حتى ٧٧٢.

(٥٣) راجع - القرار الادارى - دراسة مقارنة د. محمود حافظ - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٢ ص ٥٤.

(٥٤) راجع - النظرية العامة للقرارات الادارية - د. سليمان الطماوى الطبعة السادسة سنة ١٩٩١ ص ١٨٢.

(٥٥) راجع رسالتنا - ص ٧٥١ وما بعدها.

(٥٦) راجع النظرية العامة للقرارات الادارية د. سليمان الطماوى - الطبعة السادسة ص ١٨٣ سنة ١٩٩١. وكذلك القرار الادارى دراسة مقارنة د. محمود حافظ سنة ١٩٧٢ ص ٥٥.

(٥٧) د. سليمان الطماوى - المرجع السابق ص ١٨٤.

(٥٨) نقض مدنى الطعن رقم ٢٧٩ سنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٤/١/٩ س ٢٥ ص ١١٩.

(٥٩) راجع د. جمال زكى - الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٨ ص ١١٥٤ وما بعدها ورسالتنا ص ٧٦٢ وما بعدها.

(٦٠) نقض مدنى جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٥ الطعن رقم ٣٢٩ سنة ٢٤ ق س ٩ ص ٨٥٣.

لايصيب الانسان ضرر إلا الضرر الذى يجلبه على نفسه .

« جان جاك روسو »

حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف

فى العقود الخاصة الدولية

المستشار الدكتور/ منير عبد المجيد

وضع المشكلة :

١ - قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٠ بالزام شركة Messageries Maritimes بالوفاء بقيمة الأسهم المستهلكة وفوائدها التى كان المساهمون يطالبون بها على أساس سعر الذهب ، رغم أن المشرع الكندى قد أصدر فيما بعد تعديلا تشريعيا يقضى بتحريم العقد وقالت المحكمة أن الشركة المذكورة قد أخطأت حين ادعت فيما ذهبت اليه من أن الخصوم قبلوا صراحة أو ضمنا الخضوع للقانون الكندى ، وأوضحت المحكمة « أن الاتفاقات التى تنص على الوفاء بالذهب هى قانون الخصوم » الذين قبلوا سلفا عدم خضوع اتفاقهم لأى تشريع يحتمل أن يؤدى الى تخفيض قيمة الدين ». وأنه يحق لهم فى مثل هذا العقد الدولى النص على شرط الذهب خلافا للقواعد الآمرة فى القانون الداخلى الذى يحكم اتفاقهم[1] ».

ومؤدى هذا الحكم ، أن المحكمة قد أقرت بسلطة الخصوم فى استبعاد العقد المبرم بينهم من نطاق أى قانون لاحق على ابرامه .

وحين عرض الطعن فى هذا الحكم على محكمة النقض الفرنسية انتهت بتاريخ ٢١ يونية سنة ١٩٥٠[2] الى رفضه ، وتأييد الحكم المطعون فيه فيما ذهب اليه من استبعاد التشريع الكندى الذى يحرم شرط الذهب . إلا أنها فى نفس الوقت أوردت فى أسبابها أن أى عقد دولى يجب أن يخضع بالضرورة الى قانون سائد فى دولة معينة .

ويلاحظ أن ما ذهب اليه حكم محكمة النقض الفرنسية من ضرورة خضوع العقد الدولى إلى قانون دولة معينة يتعارض - بحق - مع تأييدها للحكم المطعون فيه الذى أقر بسلطة الخصوم فى استبعاد التعديل التشريعى فى القانون الكندى الذى يحكم اتفاق الخصوم ، والخاص بتحريم شرط الذهب ، وهذا التعديل التشريعى المستبعد يترتب عليه - فيما لو كان قد طبق -- تخفيض عملة الوفاء ، وقيمة الدين ، أى أن الحكم المطعون فيه أعتنق مبدأ سلطان الارادة المطلق فى حين أن حكم محكمة النقض الصادر فى الطعن والمؤيد للحكم المطعون فيه ، نص على ضرورة اسناد العقد الدولى الى قانون دولة معينة أى أنه اعتد بقانون الارادة ، الذى يمثل قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية رغم ما هناك من اختلاف عميق بين مبدأ سلطان الارادة ومبدأ قانون الارادة على نحو ما سنرى[3] .

٢ - ومع ذلك ، فان حكم

محكمة النقض الفرنسية إذ أكد مبدأ هاما هو ضرورة اسناد العقد الدولى الى قانون دولة معينة ، انما كان ذلك بمناسبة انعكاس الشك حول مضمون فكرة القانون المحدد بمعرفة الاطراف فى عقد دولى ، وأنه بهذا يكون قد القى ضوءاً جديدا على أحكام سابقة ، وسمح فى حدود معينة بالاسهام فى مشاكل لم يتم حلها بعد[٤] .

والمسألة التى ينصب عليها الحكم المشار اليه هى بيان **مفهوم القانون الذى يحكم العقد** الدولى ، أو بعبارة أخرى ، معرفة ما اذا كان القانون المحدد بمعرفة الأطراف فى عقد دولى يتمتع بقوة القانون بالمعنى الدقيق لهذا اللفظ ، أسوة بالقانون الذى يحكم النظام **الشخصى أو العينى أم أنه** يندمج فى اشتراطات الأطراف الذين يثبتون نصوصه أو يحيلون على أحكامه ليكون موضوعا لاتفاقهم أو شرطا من شروطهم .

ويمكن أن نسوق على سبيل المثال المادة (٢٥)[٥] من النصوص التمهيدية للقانون المدنى الايطالى الجديد ، فهى تترك للأطراف حرية تامة فى تحديد القانون الواجب التطبيق مما يؤدى فى الغالب الى تفسير هذا النص بأنه اعتنق النظرية الشخصية La thèse subjective ، **أو مبدأ** سلطان الارادة الذى يرى أن القانون يعتبر مندمجا فى العقد .

أما السوابق القضائية التى عرضت لهذا النص فهى تشير الى أن النظرية الشخصية ونظرية التركيز الموضوعية المتعارضتين تبدوان غالبا بالتناوب فى فكر القضاة ، وليس من المستبعد أن يكون **واضعو هذه المادة قد تأثروا** أنفسهم بالنظريتين على التوالى .

٣ - أن أساس المشكلة يرجع الى التنازع الفلسفى بين الحرية والقانون[٦] أو بعبارة أخرى بين النظرية الشخصية ، ونظرية التركيز الموضوعية ، **والنظرية الاولى** نادى بها الفقه القديم ، وهى ترى أن الارادة هى قانون الأطراف ، وأن القانون يعتبر مندمجا فى العقد بحيث يتجرد من طابعه كقانون ليصبح شرطا تعاقديا ، أسوة بسائر بنود العقد ، وهى تنكر أى طابع الزامى لتشريع مختص بذاته[٧] بمعنى أنها تقوم على مبدأ سلطان الارادة مباشرة فى اختيار القانون ، وأن العقود الدولية بمنأى عن تنازع القوانين .

أما النظرية الثانية ، فيتزعمها Batiffol[٨] ، وهى تتعارض تماما مع النظرية الأولى ، وترى أن العقد الدولى يجب أن يخضع لقانون البلد الذى تركز فيه ، وأن الاطراف حتى ولو أعربوا عن ارادتهم فان دور الارادة ينحصر فى تركيز عقدهم وأن القاضى هو الذى يستخلص من تركيز العقد القانون الواجب **التطبيق ، بمعنى أن إسناد كل** عقد الى قانون دولة معينة يمثل عملية تركيز ، لها خصائص قاعدة اسناد حقيقية[٩] وأن القانون يتدخل فى اطار هذه النظرية بوصفه **قانونا ، أى قرارا من جانب** المشرع له قوته الملزمة ، ووزنه الخاص ، مع عدم المساس **بما يفرضه** من شروط **وقيود على حرية الفرد**[١٠] .

وقد أخذ جانب من الفقه على نظرية التركيز أنها تتجاهل الدور الفعال للارادة الفردية ، وأنها تسبغ على نظام العقد **شكلا موحدا ، ويعتد هذا الفقه** بدور الارادة الصريح[١١] فى

حرية تحديد القانون الواجب **التطبيق ، وعند انتفاء الارادة تجد نظرية التركيز** مكانها[١٢] وأن أختيار القانون صراحة لا يمثل قاعدة تنازع ولكنه يمثل قاعدة قانون دولى **خاص مادى ، ومن ثم فإن هذه** النظرية تؤدى الى الاستبعاد الجزئى لقواعد تنازع القوانين[١٣] فيما يتعلق بالاختيار الصريح للقانون **الواجب التطبيق ، ويطلق على** هذه النظرية ازدواج نظام العقد » .

وفى سبيل القاء الضوء على مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف فى العقود **الدولية ، يتعين أن نعرض** للنظريات الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ، وهى التى تكشف عن خاصية القانون المحدد مع بيان الأسس التى يستند اليها الفقه فى كل من هذه النظريات وتطبيقات القضاء بشأنها . فنتصدى أولا للنظرية الشخصية[١٤] أو نظرية الادماج ، ثم لنظرية التركيز الموضوعية[١٥] ، وأخيرا لنظرية » ازدواج نظام العقد[١٦](ثم ننتهى ببيان موقف المشرع المصرى من هذه **النظريات المختلفة) ، ونعرض لكل منها فى مبحث مستقل.**

المبحث الأول

النظرية الشخصية « فكرة الادماج »

تمهيد :

٤ – نعرض لمضمون النظرية الشخصية والنتائج المترتبة عليها ، ثم نبين تطبيقاتها القضائية ، وأخيرا نتصدى لما استهدفت اليه من نقد :

مضمون النظرية الشخصية أو فكرة الادماج :

٥ – يتم ادماج القانون ، اما عن طريق ترديد نصوصه فى صلب العقد ، واما عن طريق الاحالة الى ذلك القانون بدلا من ترديد نصوصه .

وادماج القانون فى العقد مؤداه انصهاره فى شروط العقد بحيث يصبح شرطا من شروطه .

فاذا كان القانون المحدد بمعرفة الأطراف مدمجا[١٧] فى الاتفاق ، فانهم يستطيعون ألا يدمجوا هذا القانون ، ويعتبرون أن ارادتهم وحدها هى قانون الخصوم . ومؤدى هذا ان الارادة فى نظر هذا الاتجاه يمكن أن تكون ملزمة بذاتها دون الاستناد الى أى قانون يبرر وجودها . بل إنها تعد بمثابة « القانون الطبيعى droit naturel الذى يعتبر **مشروعا فى حد ذاته .**

وهذا الرأى يمثل عودا الى مبدأ سلطان الارادة المطلق الذى نادى به الفيلسوف Kant وهو يرى أن الإرادة سابقة على القانون ، وأن الحقوق توجد قبل أن يوجد القانون

وهذه النتيجة كانت تبدو طبيعية فى القرن الماضى إذ يرى Ago أن هذا الاتجاه يعزى الى Manchini بشأن نظريته فى تحديد قانون العقد . وهى التى تعود فى النهاية الى فكرة إدماج القانون فى العقد اذ اعتد بمبدأ سلطان الارادة فى تحديد القانون الذى يحكم الالتزام[١٨] .

وهذا هو رأى M. Laurent[١٩] مؤسس فقه سلطان الارادة ، اذ يرى أن الأطراف فى مسائل العقود ، يعتبرون بمثابة المشرعين لأنفسهم ولهذا ، فإنهم يتمتعون بحرية تامة فى تنظيم مصالحهم الخاصة ، واذا وضع المشرع قواعد خاصة بالعقود ، فلا يعنى ذلك التزام الاطراف المتعاقدة بها أو التقيد بأحكامها ، وفى مسألة النظم تنتفى ارادة الاطراف تماما ،

والقانون وحده وهو الذى يسود ، سواء أكان القانون الشخصى أم القانون العينى . أما نظرية الالتزامات فى القانون الدولى الخاص ، فانها لا تتعلق اطلاقا بالمركز القانونى للأشخاص ، أو الاموال ، بمعنى أن الارادة هى كل شىء فى هذا المجال ، فالاتفاقات هى من صنع الأفراد ، الذين يحق لهم أن ينشئوا منها قانونهم الخاص[٢٠] .

ولهذا يفرق جانب من الفقه المصرى[٢١] بين سلطان الارادة مباشرة فى اختيار القانون وما يترتب عليه من اعتبار القانون فى حكم الشروط التعاقدية ، وبين مبدأ قانون الارادة الذى يستند الى قاعدة اسناد وضعية أى قاعدة تنازع .

٦ - والاخذ بمنطق الادماج يؤدى الى اعتبار القوانين الآمرة اختيارية فى النطاق الدولى[٢٢] . عندئذ تبدو التشريعات وكأنه قد انتزع منها عنصرها القانونى[٢٣] وأن القانون لا يتدخل الا لتفسير ارادة الاطراف[٢٤] .

ومن المؤكد أن هذه النظرية تؤدى الى تلاشى كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين[٢٥] . استنادًا الى ما للارادة من شبه قوة مطلقة . وتكون تجزئة القوانين فى هذا النطاق أمرا طبيعيا ، بحيث يأخذ الاطراف منها ما يرتضونه فقط ، ويستبعدون ما لا يتلاءم معهم . وأنه يجوز لهم الاستناد فى ذات الوقت الى عدة قوانين فى العقد .

وهى تؤدى الى تطبيق أحكام القوانين النافذة وقت ابرام العقد أو تكوينه ، مع اقصاء ما قد يطرأ عليها من تعديل تشريعى أو الغاء لاحق .

ومع ذلك يجوز أن يكون هذا القانون محل تعديل من جانب الاطراف أنفسهم أسوة بسائر بنود العقد .

ويحق للاطراف اختيار القانون المدمج فى العقد . حتى عند انتفاء أية رابطة موضوعية بين هذا القانون والعقد[٢٦] :

وأخيرا ، فانه متى كان القانون فى حكم الشرط التعاقدى " une disposition conventionnelle " فانه لا يمكن أن يقوى على ابطال العقد .

٧ - ان فكرة العقد دون قانون " وفكرة الادماج " تبدوان بمثابة حلّين مرتبطين على نحو لا يقبل الانفصال ، وهما نتيجة منطقية للسلطة الممنوحة للاطراف[٢٧] .

وفى اطار هذه النظرية ، فان الحدود الوحيدة لتدخل القانون بمعناه الدقيق يتمثل فى النظام العام والقانون الشخصى لكل من الطرفين فيما يتعلق بأهليتهم[٢٨] .

ويستند انصار النظرية الشخصية الى أن هناك من الاسباب ما يدفع الإطراف الى اخضاع عقدهم لقانون بلد لا يتصل به العقد بأية رابطة ما ، منها الرغبة فى تجنب وسائل تدخل الدولة فى تنفيذ العقود وتفادى القوانين الخاصة بالرقابة الاقتصادية . وكذلك الرغبة فى خضوع العقد لقانون محايد لاينتمى الى أى من الاطراف لان الخضوع لقانون أحد الاطراف يسبغ على هذا المتعاقد أولوية لا يمكن اغفالها ، وأخيرا الرغبة فى تطبيق نظام قوى يتيسر العلم بأحكامه مثل النظام الانجليزى فى المسائل البحرية[٢٩] .

تطبيقات النظرية أو فكرة الادماج :

٨ - وقد صدر الحكم الاول من محكمة النقض الفرنسية فى ٥ ديسمبر سنة ١٩١٠ موضحا أن القانون الواجب التطبيق على العقود هو الذى تبناه الاطراف .

ومن المعروف فى القرن التاسع عشر أن غالبية الاحكام قد جرت على اسناد الاختصاص التشريعى فى العقود الى قانون مكان الابرام أو قانون مكان التنفيذ دون أن تفصح عما اذا كان هذا الاختصاص آمرا ، أم أنه مجرد قرينة يجوز اثبات عكسها .

هكذا ، فان الحكم المشار اليه اذ أكد حرية الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، فانه محوط بالشك حول مفهوم هذا القانون .

وكان الامر يتعلق فى هذه الدعوى بأهمية شرط عدم المسئولية المدرج فى مشارطة الايجار المبرمة فى الولايات المتحدة بين شاحن أمريكى ، ومجهز كندى وقد ثبت وجود تلف فى البضاعة فى ميناء الوصول Gaudeloupe الكائن فى الاقليم الفرنسى .

وقد اعتصم المجهز بشرط عدم المسئولية واحتج بأن العلاقة تخضع صراحة للقانون الامريكى الصادر من الكونجرس فى الولايات المتحدة فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٣ الذى يحظر هذا الاعفاء ويبطل بالتالى شرط عدم المسئولية .

قررت المحكمة أنه يتضح من روح وبنود اتفاق الخصوم واستنادا الى قصدهم المشترك أنهم لم يرتضوا الخضوع للقانون الامريكى الا فى المسائل التى لم يتم ادراجها صراحة فى مشارطة الايجار . هكذا أقرت المحكمة صحة اشتراطات الخصوم لمجرد الاتفاق عليها وحدها أخذا بالنظرية الشخصية وخلصت فى نفس الوقت الى أنه يجب تنفيذ الشرط المتفق عليه فى العقد فى الاقليم الفرنسى (مكان التنفيذ) حيث أنه بهذه المثابة يعد شرطا صحيحا ومع ذلك فان هذه العبارة الاخيرة - كما يراها باتيفول - تعد نموذجا ملحوظا لنظرية التركيز الموضوعى للعقد الذى استخلصت منه المحكمة القانون الواجب التطبيق .

ومن الواضح أن هذين الاتجاهين المتعارضين من حيث الاساس (**النظرية** الشخصية la thèse de l'incorporation أى ادماج القانون فى العقد ونظرية **التركيز الموضوعية** la thèse de localisation objective) **تظهران صراحة على التوالى فى الحكم**[٣١] .

واذا كان من المقرر ان القضاة لم يختاروا بين الموقفين ، لانهم لم يتوقعوا هذا التعارض ، فانه يمكن القول - كما رأى بعض الفقه[٣٢] - أن المبدأ الذى خلص اليه حكم سنة ١٩١٠ هو أن الاطراف - فى عقد دولى يخضع لقانون معين - يستطيعون ، حتى ولو ضمنا أن ينتزعوا اشتراطاتهم فى العقد من سلطان هذا القانون رغم أن هذا القانون المحدد يتضمن نصوصا آمرة .

والحكم الثانى صدر من محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٥[٣٣] ، وكان النزاع يتعلق فى هذه الدعوى بعقد بيع مبرم قبل سنة ١٩١٤ بين طرفين يتوطن أحدهما فى باريس والآخر فى استراسبورج وبعد فترة طالب البائع بفوائد عن

دينه السارى خلال الحرب .

ذهبت محكمة النقض الى تأييد حكم محكمة الاستئناف فيما انتهى اليه من أن الفوائد المتعلقة بهذا الدين الناتج عن توريد بعض المهمات ، الخاضعة للقانون الاجنبى الخاص بزمان ومكان تحرير العقد (سنة ١٩١٤) . بمنأى عن السقوط المنصوص عليه فى مرسوم ٢٥ مارس سنة ١٩١٩ على أساس أن هذا المرسوم لا تخضع له الا الفوائد القانونية "interêts legaux" التى ينص عليها مرسوم ١٩ أغسطس سنة ١٩١٤ . أما الفوائد موضوع المطالبة والخاضعة لقانون أجنبى ، فانها لا تحمل هذا الطابع ، بل لها طابع اتفاقى أو تعاقدى .

والحكم الثالث صدر من محكمة النقض الفرنسية فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨[٣٤] الذى أعطى لارادة الخصوم امكانية استبعاد القانون اللاحق لاتفاقهم .

وقد استند هذان الحكمان الأخيران بطريقة مباشرة الى فكرة الادماج .

وأخيرا نشير الى حكم محكمة الريخ Reichsgericht فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٦ عند الفصل فى دعوى مشابهة تماما لحكم Messageries Maritimes المحكوم فيها فقد أوضح « أن الخضوع المطلق وحده لأى تشريع هو الذى يضمن حكم العلاقة القانونية عند الاقتضاء ، حتى ولو كان ذلك مخالفا لارادة الطرف الاقتصادى القوى ، أو حتى مخالفا لارادة الطرفين وذلك طبقا للمبادىء المشتركة بين الدول المتمدينة .

ويلاحظ أن المحكمة العليا الالمانية فى حكمها المشار اليه قد صححت الاسباب الخاطئة لحكم محكمة الاستئناف (المطعون فيه) حين قالت هذه المحكمة الاخيرة أن خضوع الدائنين لتشريع ولاية New York ليس مؤداه خضوعهم لـ Jount Resolution الذى تم نفاذه فى وقت لاحق (المعدل لتشريع ولاية New York والذى يبطل شرط الذهب)[٣٥] .

ويبين مما تقدم أن الحكم المطعون فيه اعتنق نظرية الادماج فى حين أن المحكمة الالمانية العليا استبعدت هذه النظرية وأكدت ضرورة خضوع العقد على نحو مطلق لقانون دولة معينة .

واذا كانت المحكمة العليا الالمانية قد اعتنقت نفس الحل من حيث الموضوع فكان ذلك على أساس آخر ، هو ما ارتأته من أن «Joint Resolution» يعتبر مخالفا لهدف القوانين الالمانية تأسيسا على المادة (٣٠) من مقدمة القانون المدنى (أى مخالفا للنظام العام . مما أدى بها الى استبعاده لهذا السبب[٣٦] .

تقدير النظرية الشخصية :

٩ - تبدو مشروعية الادماج فى علاقات العمل بالنسبة لفكرة القانون الاصلح للعامل فى نطاق علاقات العمل ، ذلك أنه لما كان مصدر الالتزام بالقانون الاصلح هو اتفاق الطرفين ومن ثم ، كان لسلطان الارادة دور غير منكور فى مخالفة القواعد القانونية فى تلك العلاقات رغم صفتها الآمرة مادامت هذه المخالفة أكثر فائدة للعامل ، وعلى ذلك اذا اتفق الطرفان فى مصر - وهى مكان تنفيذ علاقة العمل - على اخضاع العلاقة بينهما لقانون أجنبى . فليس ثمة ما يمنع من تطبيق أحكام هذا القانون . لا بوصفه القانون الذى يحكم المسألة . ولكن باعتبار أن أحكامه التى تعتد بمصلحة العامل تعتبر شروطا أفضل أتفق عليها

الاطراف فى عقدهما ، كما اذا كان هذا القانون الاجنبي يقرر للعامل علاوة غلاء اضافية أو منحة سنوية أو رعاية طبية تزيد على الاجازات والرعاية المقررة فى قانون مكان التنفيذ :

ولما كان القانون الاصلح ليس هو القانون الذى يحكم العقد أصلا ، ومن ثم ، فان ادماجه في العقد يجعله بمنزلة الشروط التعاقدية ويأخذ حكمها ، وتظل العلاقة محكومة بهذا القانون مع اقصاء ما قد يطرأ عليه من تعديل تشريعى أو الغاء فى تاريخ لاحق على ابرامها أو تكوينها وكذلك استبعاد قواعد الاسناد التى تنتمى الى التنظيم التشريعى الذى يتضمن هذا القانون ، لأن القول بخلاف ذلك يهدر مصلحة العامل التى قصد الوصول اليها ، والتى تحددت بالنظر الى مضمون معين وقت التعاقد ، فيكون من الملائم عدم المساس بهذه المصلحة نتيجة لتدخل المشرع حتى لا ينتهي الامر الى تطبيق قانون آخر لم تنصرف اليه نية الاطراف ، مما يؤدى فى هذا الصدد الى فكرة « الثبات التشريعى »[٣٧] أو « تجميد القانون فى الزمان »[٣٨] ، ولكن هذا القانون من ناحية أخرى ، يمكن أن يكون محل تعديل أو اختيار لقانون آخر مغاير من جانب الاطراف أنفسهم فى أى وقت أسوة بسائر بنود العقد ، بل وفى أى مرحلة من مراحل الخصومة أمام قاضى الموضوع .

١٠ – وفى اطار التحكيم لما كان المحكمون يعتدون الى حد كبير بارادة الأطراف ، كان طبيعيا أن يقر التحكيم الدولى حرية إدماج القانون المختار دون قيد وحرية تعديل هذا الاختيار خلال اجراءات الدعوى وذلك بهدف تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية واستبعاد مشكلة تنازع القوانين .

١١ – مع ذلك لم تسلم النظرية من النقد ، فقد ذهب أنصار المذهب الموضوعى الى أنه ليس صحيحا ما ركنت اليه النظرية الشخصية من أن اخضاع العقد الى قانون لا يرتبط بالعلاقة قصد به الابتعاد عن وسائل تدخل الدولة فى موضوع العقود وتفادى قوانين الرقابة الاقتصادية . ذلك أنه لا يمكن تصور محاكم أى بلد تسمح بمخالفة القواعد الخاصة بالصادرات أو برقابة النقد بمجرد الاشارة إلى قانون أجنبى ، ومن الخطأ الاعتقاد أنه بمقتضى شرط تعاقدى ، يمكن التخلص من قوانين البلد الذى توجد فيه البضاعة ، أو الذى يجب أن تتم فيه المدفوعات[٣٩] . فهذه المجالات التى تخص الاسس الهامة لسياسة الاقتصاد الموجه لا تترك مجالا حرا لارادة الاطراف[٤٠] ، بحيث لم يعد مسموحا به القول بأن قانون الالتزامات هو قانون ارادى ، فقد أصبح هذا القانون كأى فرع من فروع القانون الخاص (ما عدا حالة الاشخاص التى تكاد تكون جميعها آمره) اتحاد بين القواعد المكملة والقواعد الآمرة[٤١] .

ومن هذا المنطلق ، فان خضوع العلاقة التعاقدية لنظام قانونى معين . ينصرف الى النظام برمته بما فيه نصوصه الآمرة الداخلة فى نطاق قانون العقد[٤٢] .

واستنادا الى ذلك ، يجب أن تقدر مشروعية العقد طبقا للنصوص الآمرة التى تحد من حرية الاطراف فى الوسط القانونى الذى يعتبر العقد مندرجا فى إطاره[٤٣] . وهذا

النظام يحتفظ بامكانية تقرير بطلان العقد[٤٤] .

١٢. - أن ترك الامر للاطراف لاختيار القانون الذى لا يرتبط بالعقد برابطة قوية يعد اخلالا بمبدأ المساواة فى المراكز القانونية المتماثلة ويعد مدعاة لتحكم الطرف القوى فى الطرف الضعيف .

١٣ - ومنطق سلطان الارادة أو الادماج ، يغفل أن الارادة الحرة التى تعتبر الاصل فى موضوع التصرفات القانونية ليست الا مبادىء حددها المشرع ووضع لها ضوابطها ، كما يتجاهل ان الارادة الفردية لا تستمد فعاليتها الا من القانون ذاته . بل أنها لا تنتج آثارها الا اذ اعترف بها القانون[٤٥] وأنه لا يوجد فى اطار التصرف القانونى نظرية للقوانين الآمرة ، وأخرى للارادة الحرة ، بل توجد نظرية واحدة تتمثل فى تنظيم الارادة فى حدود القانون [٤٦] .

وهنا لا يمكن الاعتراف للقانون الطبيعى بدور مواز للقانون الوضعى ، ولا يكون للقانون الطبيعى من دور سوى تبرير القانون الوضعى فى مبادئه العامة[٤٧] .

وعلى ذلك ينبغى عدم المساس بالقوة التى يسبغها المشرع على أى قانون[٤٨] ، فكيف يمكن أن يحكم على المدين بالزامه بالوفاء بالدين اذا لم يسمح القانون بذلك[٤٩] وكذلك كيف يمكن قبول شرط الوفاء بالعملة الاجنبية ، واعتباره صحيحاً طبقا للقانون المطبق على العقد . اذا كان قانون مكان الوفاء يتعارض معه ، ويفترض استبدال الدين بالعملة المحلية[٥٠] .

١٤ - وفيما يتعلق بما ذهب اليه أنصار النظرية الشخصية من أن القانون لا يتدخل الا لتفسير ارادة الاطراف . يرى Batiffol[٥١] أن هذه القواعد القانونية التى تنظم العديد من المسائل الاختيارية فى نطاق الالتزامات ، تحكم هذه المسائل ، بما لها من قوة ملزمة عند غياب الارادة أو عدم كفاية التعبير عنها فكيف يمكن القول بأن هذه القواعد تتدخل لتفسير ارادة منتفية لا وجود لها .

١٥ - أما فكرة اختيار القانون المحايد التى تمسك بها المذهب الشخصى فان الظاهرة المتعارف عليها هى القاضى أو المحكم المحايد .

وهنا يعتد المذهب الموضوعى بمشروعية الاتفاق المانح للاختصاص لجهة قضاء معينة استنادا الى قيام رابطة بين المحكمة والنزاع . وهو ما يشكل اسنادا قد يعتبر مبررا لتطبيق قانون هذه الجهة ، وأن مسألة الرغبة فى تطبيق نظام قانونى قوى مثل القانون الانجليزى فى المسائل البحرية يتيسر العلم بأحكامه فان المذهب الموضوعى يرى أن هذه الحجة لا تطابق الواقع ولا تستحق تأييدا يذكر ، وليس أدل على ذلك أن مسائل الطلاق فى مدينة « رينو » والاساطيل التجارية لدولة « سيبيريا » وشركات« طنجة » تعطى انطباعا بأن القواعد المخصصة لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية بها تتسم بعدم الجدية[٥٢] .

١٦ - واذا كانت الحرية تتطلبها عقود التجارة الدولية فى قضاء التحكيم ، ومع ذلك فان التحكيم يعتبر عنصرا مخففا لتنازع القوانين وليس عنصرا لاختفائه تماما ، فكما أن عقود الافراد لا يمكنها سلفا أن تتوقع كل شيء ، فان عادات المهنة عاجزة بدورها عن حل جميع المشاكل التى يمكن أن تثار أمام المحكم ،

ومن ثم فان الطابع الغير متكامل لـ Lex Mercatoria وعجزه عن التطرق لبعض المجالات التى تحتفظ فيها الدولة بسلطانها التشريعى وعلى الاخص بالنسبة للقواعد الآمرة ،سواء بالنسبة للمحكمين أو الاطراف ، **يؤكد بصورة قاطعة** ان تنازع القوانين لا يمكن ان يُستبعد تماما في المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية . ومن هذا المنطلق ، يجد المحكم فى القانون الوضعى العناصر التى تمكنه من حل أى مشكلة جديدة .

١٧ – واذا كان من الممكن وجود علاقة بمعزل عن الخضوع لأية قاعدة قانونية ، فلماذا إذن يجتهد المشرعون فى وضع هذه القواعد . على الاخص تلك القواعد الآمرة ، التى يجب أن يرتبط بها الاطراف شاءوا أو لم يشاءوا ، وهذه القواعد الآمرة تتحقق فى مكان تكوين العقد وفى مكان تنفيذه على حد سواء . ومخالفة القواعد المشار اليها ، لا شك أنه يتعارض مع القصد من تشريعها .

١٨ – ان الحرية التى ينادى بها انصار المذهب الشخصى لا تتفق مع كثير من العقود مثل عقد العمل والتأمين على الحياة التى تتكاثر فيها قوانين البوليس وتشريعات القانون العام . وتعتبر محل تنظيم دقيق فى القانون الداخلى . ومن ثم يكون تركيزها عن طريق تحديد العنصر المميز أو مركز الثقل فيها أمرا ميسورا ، ويتعين فى شأنها خضوعها لقانون يرتبط بها ارتباطا وثيقا ، وهذا هو ما يتجه اليه أنصار نظرية التركيز الموضوعية .

المبحث الثانى

نظرية التركيز الموضوعية

تمهيد :

١٩ – يجب التعرض ، فى اطار نظرية التركيز ، الى ثلاثة مسائل على التوالى . فنتناول دور الارادة فى هذه النظرية ، ثم تطبيقها وأخيرا تقدير النظرية .

دور الارادة فى النظرية :

٢٠ – تجد هذه النظرية أساسها فى أن ارادة الاطراف لا تقوم فى الحقيقة باختيار قانون معين ، وأن وظيفة الارادة هى تركيز العقد فى مكان محدد . أى تحديد مقر العقد وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطا وثيقا ، والمحيطة بظروف التعاقد وموضوعه[٥٣] وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية فى هذا المكان .

ومن ثم يجب أن تعبر الارادة عن مركز الثقل فى العلاقة ، فاذا انصرفت الى قانون بعيد عن مركز الثقل فيها ، أو لا يمت لها بصلة ما ، فانه لا يعتد بها لانها لا تكون قد حققت الهدف المقصود منها ، وهو تركيز العلاقة فى المكان الذى ترتبط به فعلا . وعندئذ لا يخطىء القاضى عند تصحيح اختيار الخصوم ، حتى ولو كان صريحا ، وذلك برد العلاقة الى مقرها الصحيح عن طريق تحديد المكان الذى يتحقق فيه المضمون المميز للالتزام التعاقدى[٥٤] ، وله فى سبيل ذلك وزن الدلائل المختلفة وتقديرها بقصد الوصول فى كل حالة الى التركيز الفعلى للعلاقة وهذه الرابطة بين العقد والقانون المختار قد تتعلق بجنسية المتعاقدين ، أو بمكان تنفيذه ، فتستطيع المنشأة الالمانية والعامل السويسرى اللذان أبرما عقدا لتنفيذه فى النمسا ، أن يختارا القانون الالمانى أو السويسرى أو النمساوى ، وليس لهما اختيار القانون

الانجليزى[٥٥] ذلك أنه عندما يتحقق أى عقد حتى ولو دوليا - ويتمتع بحرية أوسع مما يتمتع بها العقد فى القانون الداخلى - ويجب اعتباره قبل كل شيء واقعة اجتماعية لا تنفصم عن وسط معين ولا تستطيع الخلاص منه[٥٦] . وهذا ما اعتنقه المشرع البولندى حين نص فى المادة ٣٥ من القانون الدولى الخاص ، بأن للاطراف اخضاع علاقات العمل التى يرتبطون بها للقانون الذى يتفقون عليه بشرط أن يكون على صلة بهذه العلاقة[٥٧] .

ويجب القول بأن التركيز كثيرا ما يحمل طابعا اقليميا عندما تتم عملية التركيز عن طريق توافر عناصر مادية تسمح باسناد العلاقة فى مكان معين[٥٨] . وفى هذا يشير « موتلسكى »[٥٩] أن عملية التركيز هنا تقوم على اسناد العلاقة الى « حيز مكانى » ولكن ذلك لا يعنى أن اعمال نظرية التركيز يؤدى حتما وبالضرورة الى فكرة الاقليمية . فعندما يتم الاعتماد فى اجراء التركيز على عناصر خارجة عن نطاق العقد أكثر من عناصره الداخلية ، فان التركيز يبتعد عندئذ عن الطابع الاقليمى ليصبح تركيزا ذهنيا[٦٠] ، بحيث يعبر عن العلاقة أو الرابطة التى تقوم بين العقد ونظام قانونى معين . وهذا هو ما دفع جانبا من الفقه[٦١] الى القول بأن التركيز يؤدى الى ميلاد قاعدة تنازع ذات طبيعة خاصة .

ولا شك أن انكار دور الارادة - طبقا لهذه النظرية - فى اختيار القانون ، يؤدى بالتالى الى استبعاد فكرة الادماج المؤسسة على سلطان الارادة .

وهذا النظام يحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون ، كما يعتد باختصاص هذا القانون للعقد برمته ، دون تمييز بين الموضوعات الآمرة أو المكملة ، وقد قصد به تفادي تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين . وهذه التجزئة يجوز أن تؤدى الى نتائج غير مترابطة[٦٢] وتخلق اضطرابا فى النظم التشريعية ، وهى لاتقبل فكرة الادماج ، الا فى المجالات التى يكشف القانون المحدد من الاطراف بأنها ذات طابع اختيارى[٦٣] .

ويشير أنصار هذا الاتجاه الى أن أختيار الاطراف متى انصب على تركيز العقد فى مكان معين ، فانهم يكونون قد ارتضوا سلفا الخضوع للنظام التشريعى بكل ما يصيبه من تعديلات . ولهذا فانهم يلتزمون بأن يتحملوا جميع آثار التعديلات التشريعية ونتائجها[٦٤] . اذ أن قبول الاطراف للقانون المحدد دون الاعتداد بهذه التعديلات التشريعية ، مؤداه أن العقد سوف لا يخضع لقانون دولة معينة ابتداء من هذا التعديل[٦٥] .

٢١ - ويرى جانب من الفقه[٦٦] ، أن القانون الانتقالى الداخلى يعرف مبدأ اتباع القانون القديم فى مسائل العقود . وهذا المبدأ يسمح ببقاء العقود خاضعة للقانون القديم فى المعاملات . وهو ما يؤدى الى الامان القانونى . ويصون توقعات الاطراف المشروعة ، اذ أن المشكلة ليست متعلقة بتنازع القوانين فى المكان ، ولكنها ترتبط بتنازع القوانين فى الزمان ، وتُحل بتطبيق القانون الانتقالى ، وأن مشكلة القانون الدولى الخاص تنتهى بمجرد تحديد القانون المختص . سواء عن طريق التفسير الموضوعى للقاضى أم عن

طريق المنهج الشخصي لارادة الطرفين ، بمعنى أن الحل المستمد من تطبيق القانون الانتقالي يعتبر صحيحا أيا كان مصدر القانون المطبق – سواء باختيار الاطراف أو عند تخلف هذا الاختيار ، وأن مبدأ اتباع **القانون القديم يرد عليه استثناء** في القانون الفرنسي ، عندما يقرر المشرع التطبيق الفوري للقانون الجديد على العقود السارية بسبب أهدافه العامة . ولهذا يجب أن يعرب المشرع الاجنبي عن قصده صراحة في المساس بالعقود السارية .

ومع ذلك ، يجب رفض مبدأ الاثر الرجعي للقانون المدني الذي يكون مشوبا بالتعسف استنادا الى فكرة النظام العام في فرنسا .

تطبيقات نظرية التركيز :

٢٢ – وتطبيقا لنظرية التركيز ، أيدت محكمة النقض الفرنسية[٦٧] في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٨٠ محكمة استئناف Douai فيما ذهبت اليه من الاعتداد بتركيز عقد العمل وتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون المكان الذي تم فيه التنفيذ ، وهو أيضا القانون الذي قبلت فيه شروط التعاقد وتقاضي فيه المندوب التجاري عمولاته المستحقة ، حال أن الشركة كانت قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون البلجيكي ، الذي يحرم المندوب من التعويض عند فسخ العقد[٦٨] .

وكانت محكمة النقض قد رددت هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ يونيه ١٩٧١ ، **الذي قضى بأن قاضي** الموضوع يملك دون معقب تقدير الظروف التي تحدد تركيز العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق . وقد قام Kahn[٦٩] بتحليل هذا **الحكم ، وخلص منه إلى أن** محكمة النقض تتجه نحو تبني فقه « باتيفول » اذ لم يفرق الحكم من حيث التركيز بين الاعراب عن الارادة وانتفائها .

ويهم في هذا الخصوص ، الاشارة الى حكم محكمة استئناف بروكسل في ١٧ مارس ١٩٧٢[٧٠] اذ خلص الى تركيز علاقة العمل في بلجيكا ، وطبق القانون البلجيكي بوصفه قانون مكان التنفيذ ، حيث كان المستخدم الالماني الجنسية يدير شركة وليدة في بلجيكا تابعة للشركة الأم الكندية ، ولم يعتد الحكم باتفاق الاطراف على تطبيق القانون الالماني . وهذا يدل على أن المحكمة أعملت نظرية التركيز ، فاستبعدت اختيار الاطراف الصريح للقانون المختار باعتبار أنه لا يعبر عن حقيقة المكان الذي يتعين منه تركيز علاقة العمل ، وردت العلاقة الى مكان التنفيذ في بلجيكا ، وهو المكان الصحيح الذي يتحدد به القانون المختص بحكمها .

وتصادف كذلك اعمال نظرية التركيز ، في وضوح ، في حكم محكمة النقض الفرنسية في ٩ ديسمبر ١٩٦٠[٧١] ، **ويبين من مدوناته أن الاطراف فيه كانوا قد اختاروا القانون التشيكوسلوفاكي لحكم علاقة عمل تمثيل تجاري بين ممثل تجاري ومشروع تشيكوسلوفاكي ، وكان الممثل التجاري يمارس نشاطه في فرنسا ، حيث كان يتوطن بها أيضا . ورغم الاختيار الصريح للقانون التشيكوسلوفاكي من جانب الاطراف ، فقد استبعدته المحكمة ، وطبقت القانون الفرنسي بوصفه قانون مكان التنفيذ ، أي مكان تركز علاقة العمل .**

وقد قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف

Amiens فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧٠ – فى دعوى تثير مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة فى الجزائر قبل الاستقلال بأنه « عند انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من جانب الاطراف على اتفاقهم ، فان قاضى الموضوع يملك البحث فى عناصر الدعوى الاساسية عن القانون الذى قصد الاطراف أن يخضعوا له شروط وآثار عقدهم ، وأنه بتطبيق هذا المبدأ يكون القانون الجزائرى هو المختص بحكم الالتزام » وأوضحت المحكمة أنه « طالما كانت القوانين المحلية آمرة ، فان القوانين الجزائرية المتعلقة بتأميم بعض المشروعات : لها بالضرورة أثرها الاقتصادى على الاتفاقات المركزة موضوعيا فى الجزائر ، بحيث أن العقود المبرمة من الشركة قبل التأميم تخضع لهذه القوانين من حيث نطاق التطبيق الاقليمى المركزة فيه[٧٢]».

كما صدر حكمان[٧٣] أولهما من المحكمة الفيدرالية السويسرية والثانى من المحكمة الفيدرالية الالمانية ، أوضح الحكم الاول ان المحكمة ليست ملزمة باتفاق الخصوم وخلصت الى بحث الاداء المميز فى العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق كما اعتنق الحكم الثانى بدوره هذا الاتجاه فى دعوى طبقت فيها المحكمة القانون الالمانى على عقد منحت فيه شركة انجليزية الى شركة طباعة ألمانية حق استغلال ترجمة مؤلف انجليزى فى ألمانيا ، اعتبرت أن تنفيذ العقد فى ألمانيا يشكل الالتزام المميز للعقد فى شأن تركيزه .

الانتقادات الموجهة الى نظرية التركيز :

٢٣ – يرى جانب من الفقه[٧٤] أنه اذا كان قانون مركز الاشياء يسهل الكشف عنه كما هو الحال بالنسبة لمركز العقار ، فان الأمر بالنسبة لسائر الحقوق ، وعلى الاخص بالنسبة للمعاملات غير المادية يصعب تركيزها فى اقليم معين مثل الحقوق التى ترد على الانتاج الذهنى . والعلامات التجارية ، وبراءة الاختراع[٧٥] . وأن مركز الاشياء يحتمل مدلولات مختلفة ، منها مكان تحققها ، أو مكان حمايتها القانونية ، أو مكان الاعتراف بها ، أو المكان الذى تستطيع فيه السلطة العامة أن تفرض رقابتها على صاحب الحق عند ممارسة هذا الحق أو التصرف فيه ، وهو ما يستتبع تعدد **أمكنة هذه المراكز ، مما لايمكن** معه بسهولة أن نختار من بينها مكان المركز الرئيسى أو الأصلى .

وقد عالج الفقه تركيز هذه الحقوق. فأوضح أنه عندما يتعين تنفيذ التزام محدد فى مكان معين ، مثل التزام الممثل بالظهور فى مشهد معين ، فان حق الدائن يكون كائنا فى مكان التنفيذ المذكور . وفى حالة الالتزام بالامتناع عن عمل ، فان الحق يعتبر كائنا situé فى كل مكان يسرى فيه الحظر ، سواء فى اقليم بلد معين بأكمله أو فى جزء من هذا الاقليم ، أو فى كل أقاليم العالم[٧٦] .

هكذا يتحدد مركز الحقوق فى كل مكان يتم فيه حمايتها فى الحدود التى تنطوى فيها على التزامات بالامتناع عن أعمال تشكل ضررا للفرد صاحب الحماية ، وعلى ذلك ، فان الحقوق المتعلقة ببراءة اختراع أو علامة مصنع تعتبر كائنة فى اقليم الدولة أو الدول التى يسرى فيها الحظر المتعلق بمنع الغير من صناعة وبيع الشىء المخترع أو

أستعمال العلامة فى حدود دولة معينة(٧٧) .

وبالنسبة لحق المؤلف ، فان المكان الذى نشر فيه المصنف للمرة الاولى ، يتركز فيه الحق ، ويسرى عليه قانون هذا المكان ، ففى هذا المكان تتكشف القيمة الذاتية للمؤلف ويصبح مالا يحق لصاحبه وللغير أن يستفيدوا منه .

ويعتبر مقر المركز أكثر تحديدا بالنسبة للحقوق الناشئة من شرط عدم المنافسة مثل حظر ممارسة تجارة فى ذات المدينة(٧٨)

ويتمتع قانون المقر المشار اليه بمزية مراعاة مصالح الاطراف ومصالح الغير فى نفس الوقت لأنه يمثل العنصر المشترك المعروف للكافة ويمكنهم من التمسك به(٧٩) .

٢٤ - وقد يؤخذ على هذه النظرية ، أنها اذ تمنح القاضى سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق ، استنادًا إلى أن الاختيار الصريح للقانون قد ينتفى معه قيام ثمة ارتباط بينه وبين العقد فانها تؤدى الى الاخلال بتوقعات الاطراف وتهدر ثبات العقد واستقراره الذى يعد بالدرجة الاولى من أهداف القانون .

ويرى باتيفول ان الثبات الكامل ذو الطابع الحسابى مستحيل قانونا فى معظم الاحيان ويكاد يكون غير مرغوب فيه ، ذلك ان التركيز يتطلب بعض المرونة ويستلزم عنصر التقدير الشخصى **بالاضافة الى أن الحل الجامد لا يتمشى مع اختلاف** الحالات(٨٠) التى يجب بحث كل منها على حدة .

٢٥ - كما استهدفت نظرية التركيز أيضا لانتقاد آخر مؤداه أن هذه النظرية المؤسسة على منح النظام التعاقدى شكلا أو تنظيما موحدا قد يتجاهل ارادة الاطراف الصريحة عند التعبير عنها بحجة استبعاد التعسف الناتج من فكرة استقلال الارادة(٨١) .

وفى هذا يرى M. Louis lucas(٨٢) ان التركيز يعد فى الواقع حيلة لتشويه الحقيقة Une subtilité déformatrice فقد يفاجأ الاطراف بأن اتفاقهم ينحصر فى تركيز معين ، **يعجزون عن ادراك** مضمونه ، لانهم قصدوا أمرا أكثر وضوحا عندما اختاروا بأنفسهم ، وبطريق مباشر ، النظام الذى يحكم عقدهم .

وأنه لا يوجد ما يدعو الى الاعتراض على استعمال الاطراف لحريتهم فى الاختيار ، واذا كان هؤلاء الاطراف يقدرون ان قانونا معينا يتلاءم تماما مع العملية التعاقدية التى أبرموها ، فليس من العدالة فى شىء تقييد الارادة أو استبعادها وينبغى تبعا ، أن يستفيدوا من الحرية التامة للاختيار المباشر حتى لصالح قانون دولة لا يرتبط بها العقد بأية رابطة موضوعية ، والقول بغير ذلك ، يشكل تعسفا لا يمكن قبوله ، وهذه السلطة المعترف بها مباشرة للارادة الفردية ، تستبعد فكرة ان الاطراف يركزون عقدهم الذى يستخلص منه القاضى القانون المختص ، وأنه عند اختيار هذا القانون يجب تطبيقه برمته دون امكان استبعاد النصوص الآمرة منه ، وان فكرة التركيز المستبعدة لا تستعيد كيانها الا عند انتفاء الاختيار الصريح للقانون المختص(٨٣) .

كما يرى Rabel(٨٤) أنه « لا ينبغى أن نماثل بين اختيار الاطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق وفكرة التركيز ، ذلك ان الاعتداد

بنظرية التركيز فى هذا الخصوص يلغى دور الارادة فى القانون الدولى الخاص ويهدرها مما يتعين معه بيان نظرية ازدواج نظام العقود .

المبحث الثالث
نظرية ازدواج نظام العقد

٢٦ - اتجه جانب من الفقه[٨٥] الى ان مجرد الاختيار الارادى والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعتبر عملية تركيز ، وأن التركيز لا يكون الا فى حالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون .

وعلى ذلك يجب التمييز فى اطار هذه النظرية بين فرضين :

٢٧ - الفرض الاول : هو أن الخصوم أعربوا عن أختيارهم للقانون الواجب التطبيق على العقد بوضوح ، مما يشير الى أنهم على علم ودراية بالمشكلة ، ورأوا أن حلها انما يتم عن طريق هذا الاختيار المجرد[٨٦] .

وهنا لا نجد لفكرة التركيز محلا ، ويتعين استبعادها ، اذ تعتبر غير ذات موضوع ومجحفة ، وتؤدى الى اللبس ، والخلط ، لانها تدخل دون تمييز بجانب الاختيار الصريح ، الاختيار الضمنى أو المفترض ذا الطابع الوهمى أو الخيالى ، لان الارادة اما أن توجد أو لا توجد .

٢٨ - واختيار القانون فى هذا الصدد لا يعد قاعدة تنازع قوانين ، بل يعد قاعدة قانون دولى مادى ، خاص بالعلاقات الدولية وهى متميزة عن قاعدة تنازع القوانين .

« وتمثل قاعدة القانون الدولى المادى الحرية الممنوحة للاطراف فى العقود الدولية وتعد المصدر القانونى لسلطة الاطراف المشار اليها »[٨٧] .

والتعبير المجرد عنها يكمن فى اتفاق الطرفين الذى يشكل « الاختيار القانونى »[٨٨] وهو اتفاق مجرد من أى اجراء شكلى[٨٩] . ويطلق عليه « عقد الاختيار »[٩٠] .

وعقد الاختيار متميز عن « العقد الاصلى »[٩١] تماما . ويمكن حصوله فى أى وقت فقد يتم فى لحظة ابرام العقد الاصلى ، ويكون غالبا مدرجا فيه ، وقد يتم فى الفترة اللاحقة على ابرام العقد الاصلى ، حتى ولو كان ذلك بطريق تبادل المراسلات .

وقد استقر قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية على حق الاطراف فى اختيار القانون فى أى وقت ، بل وفى المرحلة الاخيرة من التقاضى أمام قاضى الموضوع .

وقد أيدت محاكم الدول الاشتراكية مثل بولونيا ، ورومانيا هذا الاتجاه ، وعلى سبيل المثال ، فقد اعتدت هيئة التحكيم المختصة بمسائل الملاحة البحرية والنهرية فى Gdynia ١٨ يوليه سنة ١٩٦٢ باقرار الخصوم فى الجلسة واعتبرته بمثابة تعديل للاختيار السابق خصوله[٩٢] .

وفى القضاء الفرنسى ، يتضح من الحكم الصادر من الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية فى ١٨ يونيه سنة ١٩٥٩[٩٣] أنه أعتد بموقف الخصوم خلال الدعوى ، مبينا ان أحد الخصمين تمسك ببعض نصوص القانون المدنى الفرنسى دون أن يبدى خصمه الآخر ثمة اعتراض ما ، مما استخلصت منه المحكمة القانون الواجب التطبيق .

ولا شك أن هذا الاتجاه يستند الى أن ما أنشاته الارادة - متى اعترفنا لها بدور فعال - تستطيع الغاءه أو تعديله .

ولكن يشترط فى حرية الاختيار أن تكون ارادة الخصوم – أسوة بأى عقد آخر – قد تطابقت على اقراره

٢٩ – وحرية الاختيار لا تستلزم وجود رابطة موضوعية بين النظام القانونى المختار والعقد المتنازع عليه ، لان النظام الذى يتطلب الرابطة الموضوعية مستوحى من نظرية التركيز التى تهدر الارادة وتؤدى الى انكار وظيفتها ، مما يخالف أحكام القانون الوضعى ومتطلبات الحياة الدولية ، وعلى الاخص فى علاقات التجارة الدولية .

٣٠ – وتقدر صحة الاتفاق الذى يتم بموجبه اختيار القانون الواجب التطبيق على ضوء كل من قانون القاضى الذى يستمد منه مبدأ الاتفاق ذاته ، والقانون المختار – الذى يحدد الشروط اللازمة لقيام رضاء صحيح(٩٤) .

٣١– ويُضيف أنصار نظام ازدواج العقد أنه اذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الآمره للقانون الذى يطبق على العقد فى حالة « الاختيار الصريح » فانهم يرون استبعاد اعمال نظرية الغش نحو القانون(٩٥) التى تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية ، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج فى تحفظ النظام العام(٩٦) .

٣٢ – الفرض الثانى : لا يتدخل التركيز الا عندما يقف الخصوم من الاختيار موقفا سلبيا ، أى عند انتفاء الاختيار الصريح فقط . بمعنى أن التركيز – بالنسبة للقاعدة الاساسية – وهى حرية الاختيار – يمثل حلا احتياطيا .

ويتم التركيز فى الافتراضات التى لم يتوقع فيها الخصوم المشكلة . أو فى الفروض التى يكون فيها الخصوم على دراية بالمسألة . ولكنهم لم يتوصلوا الى اتفاق بشأنها ، وعندئذ يعتبر أنهم قد عهدوا بها الى شخص من الغير . هو المشرع ، أو القاضى أو المحكم .

وهذا التركيز يتفاوت من حيث تعدد صوره طبقا لتنوع التشريعات أو اتجاهات القضاء بشأنه ، فهناك نظام القانون الفرنسى ، يترك للقاضى مهمة وزن الدلائل والقرائن المختلفة ، وتقديرها بقصد الوصول فى كل حالة الى التركيز الفعلى للعقد .

وعلى العكس ، فان بعض التشريعات كالتشريع الايطالى ينص على نظم اسناد آمره وعامة ، مؤسسة على قرائن متشابهة لمختلف العقود مثل القانون الوطنى المشترك ، وقانون مكان الابرام .

وأخيرا ، فقد اعتنقت بعض التشريعات الاشتراكية نظاما وسطا ينحصر فى تحديد سلسلة من نظم الاسناد التى تشكل عددا من القرائن القانونية للتركيز ولكنها تتلاءم مع طبيعة كل نوع من العقود ، وأحيانا تتمشى مع الظروف التى أبرم فيها العقد وهذا النظام ينطبع ببعض المرونة .

٣٣ – ولكى تقترب عملية التركيز (الاحتياطية) بقدر الامكان من الاختيار الصريح (القاعدة الاصلية) يجب أن تشترك معها فى هذه الخاصية الاساسية وهى الملاءمة مع ظروف الدعوى(٩٧) . وبذلك فان تحديد القانون الواجب التطبيق لا يترك لتعسف

القاضى وهذا التحديد يتمشى مــع موقــف الـــقضاء الانجلوسكسونى الذى يميل الى البحث فى كل دعوى على حده عما كان يـقصده المتعاقـدون العقـــلاء ذوو الفطنة[٩٨] .

تطبيقات نظرية ازدواج نظام العقد :

٣٤ – واستنادا الى الحرية المطلقة للاختيار ، جـرت **العـادة فـى هـــذا الصدد إلـى الاشارة الـى حكـم** المحكمة العليا الانجليزية[٩٩] فى ٣ يناير سنة ١٩٣٩ التى أخذت باختيار الاطـراف للقانون الانجليزى المدرج فى عقد محرر بين شركة مسجلة فى ولاية نيويورك وشركة كندية بخصوص عملية نقل من Terre Neuve الى New York

وأكدت محكمة ليموج[١٠٠] فى حكم حديث لها نسبيا – **حرية الاطراف دون أى قيد فى** اختيار النظام القانونى الوطنى الذين يرغبون فى اعتناقه .

وأثناء تدوين اتفاقية لاهاى استبعد الاتجاه الذى أثارته وفود عديدة – وعلى الاخص الوفـد الايطالـى المعــارض لحرية الاطراف المطلقة فى **الاختيار ، استنادا الـى أن** تقييد هذه الحرية أو الحد منها يؤدى الى عرقلة التجـارة الدولية .

وفى شأن عملية التركيز الاحتياطية عند انتفاء التعبير الصريح عن الارادة ، حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٦ يوليه سنة ١٩٥٩ من أن البحث عن القانون الواجب التطبيق أو بمعنى آخر اعمال قاعدة التنازع لا يجد محلا الا بعد ثبوت انتفاء ارادة الخصوم الصريحة[١٠١] .

وبالرجـوع الـى المـادة السادسة من اتفاقية جنيف المبرمة فى ٢١ ابريل سنة ١٩٦١ الخـاصة بالتحكيـم التجارى الدولى ، نجد أنها تنص على أنه فى حالة عدم اشارة الخصوم الى القانون الواجب التطبيـق ، يطبـق المحكمون القانون الذى تحدده قاعدة التنازع[١٠٢] .

الانتقادات الموجهة الى نظرية ازدواج العقـد :

٣٥ – وفى الحقيقة ، يمكن القول بأنه من العسير وضع خط فاصل بين الاختيـار وانتفاء الاختيار . اذ يمكن أن **تتحقق بين الارادة المعلنة** وانتفـــاء الارادة ، إرادات ضمنية يجوز اعمالها . ويعتبر المثال الواضح لهذه الفكرة **الشرط المانـــح لولايـــة** الاختصاص القضائـى[١٠٣] ، فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا .

وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٨ يونيه ١٩٦٦ مبدأ الكشف عن الارادة الضمنية استخـلاصا مـن ظـروف وملابسات التعاقد التى يقدرها قـاضى المـوضوع بغيـر معقب[١٠٤] .

وتتمشى فكـرة الارادة **الضمنية كضابط اسناد فى** الالتزامات التعاقدية مع أحكام القانون المصرى (م ١٩ مدنى)[١٠٥] . وهذه الارادة الضمنية تأتى فى المرتبة الثانيـــة عـــقب الارادة الصريحـة . بل ان قضاء المحكمـــة الفيدراليـــة الالمانية[١٠٦] قد ذهب الـى مدى أبعد من ذلك ، فاعتد **بـــالارادة المفتـــرضة** للاطراف .

وعلى ذلك ، فان نظرية ازدواج النظام التعاقدى تتنافى مع أحكام القانون المصرى ، لانها تغفل الارادة الضمنية التى حرص هذا القانون على أن يعتد بها فى صلب أحكامه .

٣٦ – ومن ناحية أخرى ، فاذا كان التركيز – فى مفهوم نظرية ازدواج النظام التعاقدى – يرتبط بحالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ، فكيف يمكن التمييز بين انتفاء الاختيار والاختيار الضمنى ، وكذلك انتفاء الاختيار والاختيار المفترض ، وأخيرا بين الاختيار الضمنى والاختيار المفترض(١٠٧) .

هذا فضلا عن أن هذا الازدواج يؤدى الى الوصول الى نظامين متغايرين تماما من حيث الاساس بشأن مراكز قانونية متماثلة فى جوهرها . فكيف يمكن القول بأن هذه المراكز المتماثلة تفترق عن بعضها بسبب النص فى العقد على اشارة معينة أو اغفال النص على تلك الاشارة(١٠٨) .

ويخشى « باتيفول » علاوة على مآخذ هذا الازدواج ، أن يصبح ذريعة فى حالة الاختيار الصريح من جانب الاطراف لاقرار نظرية الادماج بكل ما تنطوى عليه من آثار ونتائج بالنسبة للحرية المتروكة لارادة الاطراف ، واعتبارهم القانون الذى تم اعتناقه بمثابة الشرط التعاقدى . وقد يستطيع هؤلاء الاطراف فى هذا الخصوص ، أن لا يختاروا من بين نصوص هذا القانون سوى تلك التى تتلاءم ، وأن يستبعدوا منه تلك النصوص التى لا تتلاءم معهم – حتى ولو كانت آمرة – كما يمكنهم أيضا استبعاد التعديلات التى قد تلحق بهذا القانون ، ولو كانت مما يجب أن تنطبق على العلاقة(١٠٩) .

المبحث الرابع
موقف التشريع المصرى بالنسبة لمفهوم القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

« مبدأ قانون الارادة »

تمهيد :

٣٧ – نعرض فى هذا الصدد لمبدأ قانون الارادة الذى اعتنقه المشرع المصرى بوصفه قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية . فنبين طبيعة المبدأ والانتقادات الموجهة اليه . ثم نتصدى لطريقة تحديد قانون الارادة . وأخيرا نبين مدى امكان قابلية العقد الدولى للبطلان نتيجة للتحديد الارادى للقانون الواجب التطبيق .

طبيعة المبدأ والانتقادات الموجهة اليه :

٣٨ – يرى بعض الفقه(١١٠) ان مبدأ قانون الارادة لم يعد يتلاءم فى العصر الحديث مع تدخل الدولة فى مجال العقود بالتنظيم القانونى الآمر ، الذى يحول دون الاعتراف للارادة بفعاليتها المطلقة ، فاذا كان مسلك الاطراف يخضع لقاعدة آمرة ، فهى تنطبق بغض النظر عن أى مظهر للارادة الفردية، وأنه يجب هجر هذا المبدأ عندما يتركز العقد فى مكان تتحقق فيه نصوص منيعة بحسب طبيعتها الاقتصادية والاجتماعية . وأن وجود قوانين البوليس فى مكان التنفيذ من شأنه اسقاط قرينة الخضوع لقانون العقد .

ومن ناحية أخرى ، فقد أصبح هذا المبدأ عاجزا عن **مواجهة عقود التجارة الدولية** ، ذلك أن أعمال مبدأ قانون الارادة يؤدى الى اسناد العقود المشار اليها الى نظم قانونية وطنية متنوعة سائدة فى دول مختلفة بما تتضمنه من قيود آمرة لا تتلاءم مع طبيعة تلك العلاقات ، وأنه يجب هجر **هذا المبدأ لصالح مبدأ آخر** ، هو « التنظيم الذاتى للعقود الدولية » الذى يتمثل فى الاحكام الموضوعية الموحدة **التى درج المتعاملون على اتباعها وهى توفر لهذه** العلاقات الاستقرار المتطلب[١١١] . وهذه الاحكام كما يراها البعض[١١٢] تعد **نظاما قانونيا حقيقيا ، مما يغنى** عن خضوع العقد لقانون دولة معينة .

ولما كان هذا النظام الذى يتجه الى أن يكون قانونا ، لم **يتكون حتى الآن باعتراف** مؤيديه ، وأنه مازال فى دور التكوين ، ولم يصل الى حد الشمول والعمومية فضلا عما يشوبه من غموض .

ولهذا ، فان مبدأ خضوع العقد الدولى لقانون الارادة يُعد **من المبادىء المستقرة فى قوانين العالم** .

ولم يخرج المشرع المصرى عما هو مستقر فى النظم القانونية الاخرى ، فنص فى المادة (١٩) من القانون المدنى على أن : «يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا ، سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتبين من الظروف ان قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه » .

وحرية الاختيار التى **يقوم عليها مبدأ قانون الارادة تمثل** فى هذا الصدد قاعدة تنازع وليست قاعدة قانون دولى مادى ، كما ذهب أنصار ازدواج العقد[١١٣] .

ويتم اختيار القانون هنا استنادا الى قاعدة التنازع المشار اليها بوصفه قانونا بالمعنى الدقيق وليس شرطا تعاقديا كما ذهب انصار المذهب الشخصى أو فكرة الادماج[١١٤] القائمة على سلطان الارادة ، ذلك أن قاعدة الاسناد أساسها اخضاع العقد للقانون وليس ادماج القانون فى العقد ومن ثمَّ ، فلا يمكن تعديل الاختيار أو استبعاده .

وقاعدة الاسناد المذكورة قاعدة قانونية ملزمة . توجب على الاطراف تحديد القانون الواجب التطبيق . كما توجب على القاضى تحديد هذا القانون عند سكوت الاطراف .

٣٩ - ولما كان تطبيق **قانون الارادة مشروط بتحقق عنصر أجنبى فى العقد** ، ومن ثم فانه يتعين اعمال نظرية الغش نحو القانون متى لجأ الاطراف الى اصطناع هذا العنصر بقصد التهرب من الاحكام الآمرة فى قانون القاضى مثل العملة التى يجب أن يتم الوفاء بها[١١٥] أو القواعد التى يجب احتساب قيمة الدين عند الوفاء به[١١٦] أو الاحكام الخاصة بالحد الادنى لسعر الفائدة ، وهنا يتعين استبعاد القانون الذى أراد الاطراف الخضوع له ، وتطبيق القانون الذى كان يتعين تطبيقه أصلا دون الاعتداد بالعنصر الاجنبى المصطنع[١١٧] .

على أن هذه القواعد التى قصد الاطراف التهرب منها غالبا ما تتعلق بالنظام العام ، فلا محل لاعمال الدفع بالغش نحو القانون لأن هذا الدفع احتياطى لا يجوز الالتجاء اليه

الا اذا انعدمت وسائل العلاج الأخرى[١١٨] .

تحديد قانون الارادة :

٤٠ - واختيار القانون قد يكون صريحا أو ضمنيا ، أو يحدده القاضى طبقا للارادة المفترضة للاطراف .

وفى جميع هذه الاحوال لا تكون حرية الاختيار مطلقة ، اذ يلزم أن يكون القانون على صلة بالعقد ، سواء أكانت هذه الصلة مستمدة من جنسية الاطراف ، أو موطنهم أو محل ابرام العقد أو مكان تنفيذه .

وعلى ذلك ، فان اختيار قانون منبت الصلة بالعقد الدولى قد يكشف عن قصد الاطراف فى التهرب من القواعد الآمرة فى القانون الذى يرتبط بالعلاقة ، وهنا يتعين أعمال نظرية الغش نحو القانون واستبعاد القانون الذى اختاره الاطراف ، وتطبيق القانون الذى كان يتعين تطبيقه أصلا .

وينطبق ذات المبدأ اذا لجأ الأطراف الى خلق صلة مصطنعة بين العقد والقانون الذى تم اختياره لحكم العلاقة[١١٩] .

ويكفى أن توجد صلة فنية بين العقد والقانون الذى يحكمه وهذه الصلة الفنية تتحقق فى **مجال التجارة الدولية ، كأن** يجرى العقد فى صورة نموذجية متعارف عليها لتجارة معينة فى قانون محدد . ومن هذا القبيل العقود التى وضعها اتحاد تجارة المطاط والقطن فقد[١٢٠] ورد النص فى هذه العقود على اخضاعها للقانون الانجليزى .

٤١ - والاختيار الصريح هو الاتفاق على اخضاع العقد لقانون معين . واختيار القانون ينصرف الى نصوصه الآمرة[١٢١] والمكملة على السواء . والاختيار الضمنى هو ما عبرت عنه المادة ١٩ مدنى «هذا ما لم يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه» . ومن العناصر التى يسترشد بها القاضى فى سبيل الكشف عن الارادة الضمنية للمتعاقدين - ويدخل ذلك فى سلطته فى تفسير العقد - جنسية الموظف العام الذى لجأ اليه الاطراف لاثبات اتفاقهم[١٢٢] . أو المركز القانونى الخاص لاحد المتعاقدين[١٢٣] .

ويجوز للقاضى فى سبيل الكشف عن ارادة المتعاقدين أن يجمع بين أكثر من عنصر من هذه العناصر . هكذا حكم بتطبيق القانون الفرنسى على العقد باعتبار أن المتعاقدين قصدا الاستناد اليه تأسيسا على أنهما فرنسيان ، وأن العقد أبرم فى فرنسا[١٢٤] .

وقد يكشف عن الارادة الضمنية النص فى العقد على اختصاص قضاء دولة معينة[١٢٥] .

وكذلك قد تستخلص الارادة من مضمون القوانين المتزاحمة . كما اذا كان أحد القوانين المتنازعة يبطل العقد فى حين أن القانون الثانى يقر صحته[١٢٦] ، فانه يجب افتراض أن هذا القانون الاخير هو الذى تم اختياره من الاطراف ، أو اذا كان أحد القوانين ينظم العملية فى حين أن الآخر يتجاهلها ، فانه يجب الاعتداد بالأول[١٢٧] .

ومن القرائن التى يمكن أن يستخلص منها القانون الواجب التطبيق ارتباط العقد بعقود أخرى .

فقد حكمت محكمة باريس **فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٧**[١٢٨] بأن الكفالة التى تمت من بنك فرنسى بناء على طلب بنك

آخر دانمركي عن صفقة توريد في يوغسلافيا تخضع للقانون الواجب التطبيق على الالتزام المضمون (الوكالة) أي القانون الذي يحكم الالتزام الاصلي .

وقد تكشف عن الارادة الضمنية **البواعث التي تتقرر** تأييدا لقانون معين ومن القرائن الخاصة indices particuliers التي يمكن أن تؤخذ في الاعتبار جنسية الخصوم المشتركة أو موطنهم المشترك متى كانت الوقائع المطروحة تضفي على هذه القرائن **نصيبا من الصحة .**

ومن العناصر التي قد تكشف عن الارادة الضمنية اللغة المستعملة في العقد أو **العملة المتفق عليها في الوفاء ، الا أن هذه الدلائل لا تعد في الحقيقة تعبيرا كافيا عن ارادة الخصوم أو تنبئ** على نحو لا يدع مجالا للشك في قصدهم المشترك . ومن ثم يجب استبعاد مثل هذه القرائن **متى كانت الظروف تنطق بعدم** صحتها ولا تكشف عن التعبير الصحيح لارادة الخصوم .

٤٢ - وكثيرا ما يتعذر على القاضي الكشف عن الارادة الضمنية ، **فقد يحدث أن** أيا من هذه الظروف أو حتى عند اجتماع عدد منها ، لا **تزودنا ببيان واضح وقاطع عن** القصد الصحيح للاطراف . عندئذ يكون للقاضي أن يركز العقد في وسط اجتماعي معين ويطبق قانون هذا المكان .

وخشية أن يفرض القاضي على الخصوم ارادة غير موجودة ، أورد المشرع المصري ضابطين يتحدد بهما القانون الواجب التطبيق هما قانون الموطن المشترك ، وقانون مكان الابرام على سبيل التدرج .

الاختيار الارادي وبطلان العقد :

٤٣ - اذا كانت مسألة بطلان العقد الدولي تعتبر واضحة في هذا الخصوص عندما يكون القانون الواجب التطبيق محددا بمعرفة المشرع أو القاضي ، فان المسألة ثار فيها كثير من الجدل عندما يتعلق الأمر بقانون يختاره الاطراف ، ذلك أنه اذا كان احتمال بطلان العقد يعد اثرا منطقيا للقانون الذي اختاره الاطراف في مجموع نصوصه فان اقرار العقد لم يكن - كما ذهب الفقه[١٢٩] - مخالفا للعقل والمنطق ، فقد رأى هذا الفقه أنه « من الخطأ القول بأن الاطراف قد رغبوا سلفا بطلان مضمون ارادتهم » . أو تقويض الهدف المراد الوصول اليه » ذلك ان مبدأ اختيار قانون دولة معينة لاخضاع العقد له ، لايمكن أن يثير أي أعتراض منطقي في اتجاه ارادة المتعاقدين الى الارتباط الصحيح ، فاذا ارتبط الزوجان برابطة غير صحيحة بحسن نية فهل يفهم من ذلك أنهما لم يرغبا في الزواج ؟

ويشير Géraud Delaparadelle[١٣٠] تأييدا لهذا الاتجاه « أنه بالرجوع الى أحكام القضاء الفرنسي نجد أنها استقرت ، على أن القانون الواجب التطبيق على العقود ، سواء فيما يتعلق بانعقادها ، وشروطها ، وآثارها ، هو **القانون الذي اختاره الاطراف** ، ولهذا ، فانه لا يقبل بسهولة القول بأن هذا القانون له سلطة بطلان الاتفاق .

وفي الواقع أنه لما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار برمته ، بما فيه نصوصه الآمرة ، ولهذا كان طبيعيا أن تؤدي هذه النصوص الآمرة حتما وبالضرورة الى بطلان العقد

المخالف لها ، سواء كان القانون المطبق تم عن طريق الاختيار الارادى أو التحديد الموضوعى . **وهذا هو ما** اتجهت اليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٦[١٣١] **اذ قضت – بحق – بأن القانون المختار يكون له امكانية بطلان العقد** الدولى .

خاتمة

٤٤ – والواقع أنه لا يمكن انكار أن فقه القانون الدولى الخاص قد اكتسب من نظرية التركيز طابعها الواقعى ونتائجها العملية وعلى الاخص فيما يتعلق باستبعاد الغش نحو القانون – عند اختيار الاطراف لقانون منبت الصلة بالعقد بقصد التهرب **من القوانين الآمره المرتبطة** به – متى كان القاضى هو الذى تقع على عاتقه مهمة هذا التحديد ، استناداً الى بيانات العقد والدلائل الموضوعية التى يزوده بها الخصوم . وهذه الدلائل قد تحقق من خلال القوانين المتنازعة أو من خلال موقف الأطراف اللاحق على العقد ، أو من خلال الاشارة الى قانون أو عادة[١٣٢] وعندما تكون مهمة القاضى هى تحديد العنصر الرئيسى أو الجوهرى فى العقد بمكان محدد ، فان قانون هذا المكان يكون بالضرورة الاكثر صلاحية لحكم العقد . وتعتبر هذه الطريقة المثالية لوحدة القانون -المطبق على العقد حتى يسود التناسق بين جوانبه[١٣٣] وحتى يمكن **تفادى تجزئة عملية واحدة ،** بين عدة قوانين ، يجوز أن يؤدى تطبيقها معا الى نتائج غير مترابطة .

ومما يبرز أهمية هذه النظرية أن الفقه الحديث يناهض حرية الاختيار المطلق **ويميل نحو تطبيق قانون** الدولة المرتبط ارتباطا وثيقا بالمركز المطروح أمام المحكمة . وهذا ما يشكل مظهرا من مظاهر الفعالية والواقعية فى حلول القانون الدولى الخاص[١٣٤] .

ولهذا أخذ القضاء الحديث يتجاهل المذاهب الشخصية التى تحتل فيها ارادة الخصوم الصدارة فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، وعلى الاخص بالنسبة للعقود الموجهة . واتجه نحو تركيز العلاقة استنادا الى اعتبارات موضوعية .

٤٥ – ومع ذلك يرى **بعض الفقه[١٣٥] أن تحديد القانون الواجب التطبيق** سواء عن طريق التركيز الموضوعى للعقد ، أو عن طريق الاختيار . يترتب عليه **حتما استبعاد بعض التشريعات القابلة لحكم النزاع المعروض ، ولو كان ذلك بصفة جزئية ،** ومن ثم ، فان تغيير طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق التركيز الموضوعى لا يضع حلا لمشكلة آثار القوانين الاخرى التى قد يكون **لها تأثير على العقد فى وسط** اجتماعى أو أقتصادى معين .

٤٦ – ولهذا يرى De Winter[١٣٦] ، أن اسناد العقد الى قانون العقد لا يكفى . وهو **يرى فى سبيل الوصول الى** حلول دولية مقبولة ، الاخذ بجميع النظم التى يرتبط بها العقد بموجب عناصره الواقعية عندما يكون الهدف الاجتماعى لقواعد هذه النظم يفرض ذلك ويبرر تطبيقه .

هــوامــش

(١) وقد رأى جانب من الفقه - أن صحة شرط الذهب فى المعاملات الدولية هى قاعدة قانون دولى مادى ،

obs. Loussouarn. Revu. trimestriel de dr. comm. priv 1950, P. 698.

(٢) Note Batiffol. Revu crit 1950, p. 606.

(٣) ما يلى رقم (٣)

(٤) Batiffol sur la signification de la loi designée par les contractants. choix d'articles. Rassemblés par ses amis paris 1976, 271.

(٥) Batiffol sur la signification de la Loi...choix d'articles. op. cit. P. 277.

(٦) Batiffol. op. cit., P. 297.

(٧) Neumayer K. Autonomie de la volonté et dispositions impératives en dr. int. des obligations.Rev. crit. 1957,P.595. "nient tout caractére obligatoire d'une législation compentente per se.

(٨) Batiffol et Lagarde Traité t (11) 1971. P.214.215.

(٩) "Une operation de localisation de nature a lui faire attribuer le caractére d'une veritable rattachement conflictuel .

(١٠) Dreyfus L'acte juridique en dr. int. priv. thése paris 1904, P. 14 .

(١١) ويرى أن الارادة ما أن توجد أو لا توجد ، وان الارادة الضمنية هى مجرد وهم أو خيال .

(١٢) Louis - Lucas. La liberté contractuelle et le droit international privé français. Mélanges Dabin t (11). P. 743. et s.

(١٣) "Un dualisme qui entraine sa soustraction partielle au règlement des conflits de lois".

(١٤) La doctorine subjectiviste .

(١٥) La thèse de la locaisation objective .

(١٦) Dualisme du statut contractuel

(١٧) Batiffol sur la signification de la loi, choix d'artciles p.277.

(١٨)

Niboyet. traité t (3) 1944. No. 230.

(١٩) Laurent. Le dr. civil international Bruxelles 1881 t.VII.P.512 et s.

هوامش

(٢٠) وهذا الاتجاه ردده أيضا جانب لا يستهان به من الفقه مثل Alberic Rolin الذى يرى آثار الاتفاقات محكومة بارداة الخصوم وأنه يستبعد كافة القوانين التى تفرض على الارادة الفردية .

Alberic Rolin, Principes du dr. int. priv. et applications aux diverses matière du code civil - paris 1897 t (1) P.436.

وقد بالغ Wiess فى دور سلطان الارادة فى القانون الدولى الخاص . وتجاهل فى بعض الاحيان فكرة القانون .

Weiss. Traite theorique et pratique de dr. int. priv. Paris t(IV) 1912 P.531 et s.

En ce sens Schmitthoff, English conflic of Laws 1945. P.100, 107, et s.

(٢١) الدكتور هشام صادق فى تنازع القوانين الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٤ ص ٦٥٣ وهامش ص ٦٥١ ، وكذلك هامش ص ٦٥٦ .

(٢٢) Pillet. Traité pratique de dr int. privé (2) Paris, Grénoble P. 282 - 283.

(٢٣) Deby. Gérard, le rôle.. op.cit.P.232.
"Les lois apparaiss ent pratiquement depouillées de leur élément normatif".

(٢٤) Batiffol, sur la signification, choix d'artcles. op.cit., p.277 .

(٢٥) Deby Gérard. le rôle. op.cit. P.232.
"dissolvant toute notion de conflit dans la consideration quasi-exclusive de toute puissante volonté individuelle."

(٢٦) Deby Gérard le rôle.. op.cit. P. 230, 231.

(٢٧) Deby Gérard le rôle.. op.cit. P. 230.

(٢٨) Batiffol sur la signification.. choix d'articles. op.cit. P 277.

(٢٩) Cohn (E.) The objective practice on the proper law of contracts. The international and comparative law Quarterly 1957. P. 373-392 .

(٣٠) Sirey 1911. 129 Note lyon caen

(٣١) Batiffol sur la signification de la loi, choix d'articles, op. cit. P. 272-273.

(٣٢) Batiffol sur la signification... choix d'article.. op. cit. P. 273.

(٣٣) Rev. crit 1936, P.463.

(٣٤) Rev. crit 1937, P.127.

هوامش

(٣٥) Clunet 1936, P. 951.

(٣٦) Cité par Deby. Gérard F. le rote de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux 1973; P. 187, 188 no. 225.

(٣٧) "Stabilté legislatif".

(٣٨) "La petrification de la loi dans le temps, en ce sens le tribu Fedèral suisse 5 oct. 1965,18 Mai 1965 clunet 1970. P.417-423 chron. de jurisprudence suisse de lalive.

(٣٩) Cohn. The objective practice.. op.cit. P.373 et s.

(٤٠) Kopelmans international conventions.. cité par Deby Gérard. le rôle.. op.cit. P.212.

(٤١) Batiffol sur la significa tion choix d'articles op.cit. P.277.

(٤٢) Neumayer K. Autonomie de la volonté et dispositions imperatives en dr.int, des obligations. Revi. crit. 1958. P. 75 et s. Deby Gerard le rôle.. P. 261 no. 327.

(٤٣) Toubiana A, le domaine de la loi du contract en dr. int, priv. p. 34 No. 44.

(٤٤) Deby Gerard le rôle. op.cit. 232 et 261.

(٤٥) Marcel Caleb, Essai sur les principes d'autonomie de la volonté en dr.int. priv, 1927. P.124 et P.253.

(٤٦) Dreyfus, l'acte juridique en dr. int. priv. 1904, P. 11, 12.

(٤٧) Batiffol, choix d'articles. op.cit. P.278.

(٤٨) Dreyfus l'acte juridique.. op.cit. P.14.

(٤٩) Batiffol, choix d'articles.. op.cit. P.278

(٥٠) Toubiana le domaine de la loi.. 1972 P. 158.

(٥١) Batiffol choix d'articles.. op.cit. P.277 et s.

(٥٢) Cohn the objective practice.. op.cit. P.373 et s.

ويرى Martin Wolff انه يمكن اعتبار العقد البحرى منتميا الى وسط يشكل ارتباطا موضوعيا بالنظام الانجليزى حتى بالنسبة لمصالح الغير واصحاب البنوك وقد تأكد ذلك مرارا بالنسبة للعقود النموذجية التى



تتضمن شرط التحكيم فى انجلترا Cité par cohn. op.cit.

(٥٣) BATIFFOL H.: les conflits de lois en matière de contrats, p. 36, No. 42 et P. 38, No.44.

CHESHIRE : Private international law, 40 ed., 1952, P. 201

WESTLAKE : Private international law, 1925, Section 212, P. 302 et s.

ولما كان هذا النظام يحكم شروط تكوين التصرف ومشروعيته ، كان طبيعيا أن يحتفظ لنفسه بامكانية تقرير بطلانه .

BATIFFOL : Note sous Cass. 28 Juin 1966, Rev. crit. 1967, P.334.

وفيه طبقت المحكمة القانون الفرنسى الذى ... بطلان الاتفاق .

Deby - Gérard : le rôle.., op.cit., P. 232.

(٥٤) SCHNITZER 'A' : Les contrats en droit international privé suisse, Recueil des Cours La-Haye, 1968, T. (1) P. 541 et s.

FRANK VICHER : Droit international privé suisse, 1974, P. 182 et spec. P. 185.

قد أدخل القضاء السويسرى على فكرة الرابطة الوثيقة نوعا من المرونة عن طريق تركيز البحث عن المضمون المميز فى العلاقة القانونية ، أى الاداء المميز للعقد والذى يعتبر بمثابة ركيزة للاسناد ، وهو ما يستتبع خضوع العقد الى قانون المكان الذى يكون فيه الاداء المميز متحققا فيه مثل مركز المشروع أو الفرع أو مكان ممارسة المهنة ، وذلك دون بحث ارادة الخصوم ودون البحث عن أى عنصر خارج العلاقة . وبهذا يتحقق أساس قوى ومرن لتحديد القانون الواجب التطبيق بتحديد العنصر الحاسم بطريقة مادية ملموسة بعيدا عن الاسناد الى ضوابط ليس لها علاقة بروح الالتزام . ويوضح القضاء السويسرى أن هذه الفكرة تتمشى مع وظيفة العلاقة القانونية فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية للفرد . وتطبيقا لهذه النظرية ، قضت المحكمة الفيدرالية سنة ١٩٦٥ : ان أداء المبالغ فى عقد البيع يعتبر العنصر الحاسم والمميز للعلاقة ويؤدى الى تطبيق قانون البلد الذى ترتبط به العلاقة ارتباطا وثيقا .

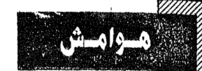
Adolf F. Schnitzer,... op.cit.; P.575, 577, 578, 579... en ce sens : Frank Vicher : Droit international prive suisse, 1974, P. 182 spec. P. 185.

وهذا الاتجاه يسمح منذ البداية بمعرفة القانون المختص .

La notion de la prestation caractéristique se trouve également chez Gamillscheg, Rev. de Rabel 23, 1958, P. 354.

(٥٥) Jacques Voulet : La repture du contrat du travail, P.W. (3).

BATIFFOL : Les conflits de lois en matiére de contrats,... op.cit., P.27.



(٥٦) Deby-Gérard, Le rôle de la règle.., op.cit. P.230.

(٥٧) Rev. crit. 1966 (2), P.323, 328.

(٥٨) BATIFFOL et LAGARDE, Traité.. 50 éd., P.264.

(٥٩) Note sous Cass. 24 Avril 1952, Rev. Crit., 1952, p.502.

WENGLER : La situation des droits, Rev. crit., 1967, p.185 et s.

(٦٠) Bernard Audit : Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, Rec. Cours La-Haye, 1984, V. P. 272 et s.

BATIFFOL : Subjectivisme et objectivisime dans le droit international privé, Mélanges Maury, T. (1), P.40 et s.

(٦١) Deby Gérard : La rôle de la règle..., op.cit., pp. 228, 258, 259.

George Dreyfus,l'acte juridique en droit int. privé. Etude sur les conflits de lois, Paris, 1904, P.171, et s.

وقد تعتبر اللغة عنصرا للاعتداد بالجنسية فى تركيز علاقة قانونية معينة ، كما يمكن أن يعتبر انعقاد الاختصاص لقاضى بلد محايد بمثابة رابطة بنظام هذا القاضى يبرر اخضاع العقد لقانونه ويصدق ذلك بصفة خاصة على اختيار محكم .

(٦٢) BATIFFOL : les conflits de lois en matière de contrats, p.262 et s.

George Dreyfus : L'acte juridique en droit privé int., Etude sur les conflits de lois, Paris, 1904, p. 171 et s.

(٦٣) BATIFFOL : Subjectivisme et objectivisime dans le droit international privé, Mélanges Maury, T. (1) p. 40 et s.

(٦٤) Batiffol : Rép. de droit international V. contrats et conventions, Note 37.

(٦٥) Peyrefitte: Le problème du contrat dit sans loi, Recueil Dalloz, 1965, P. 115.

(٦٦) Deby Gérad le rôle.. op.cit., P. 263, 264.

(٦٧) Cass. Civ. 25 Mars 1980, Rev. crit., 1980, P. 567 et s., Note Batiffol.

(٦٨) BATIFFOL et LAGARDE : Droit int. privé, Septième èdition, 1981, P.P. 317, 318.

(٦٩) KAHN P.: Note sous Cass. 29 Juin 1971 Clunet, 1972, P.51.

EN ce sens : Note Motulsky : Cour d'Appel de Paris 27 Janv 1955, Rev. Crit. 1955.



اذ يجب أن يحدد قانون الارادة بطريقة موضوعية عن طريق البحث عن عناصر تركيز العقد ، وأن العنصر الهام والمميز فى عقد بيع البضاعة هو مكان التسليم .

(٧٠) Clunet 1975, P.359.

(٧١) J.C.P., 1961, II. 12029, Note Simon Depitre.

(٧٢) Clunet 1971. P.86.

(٧٣) Cohn. The objective practice on the proper law of the contracts in international and comparative law quarterly 1957, P.373-392.

(٧٤) Jacques Maury, Les observations sur les aspects philosophiques du dr. int. priv. Revu. crit. 1957, P.263.

(٧٥) Lerebours pigeonniere et loussouarn. Precis 8ed P.344.

(٧٦) ويهاجم M.Troller بشدة هذه الفكرة المتعلقة بوجود الحقوق فى كل مكان وهو يفضل تركيز الحقوق المعنوية فى موطن صاحب الحق.
Wengler. La situation des droits. Revu. crit. 1957, P.129, Note (2).

(٧٧) فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الفيدرالية السويسرية فى حكمها الصادرين بتاريخ ١٠ مايو سنة ١٩٥٥ ، ٧ يونية سنة ١٩٥٥ اذ ورد بكل منهما أن حق صاحب الاختراع كائن فى اقليم الدولة التى منح فيها هذا الحق .

Wengler.. op.cit. P. 192 - 193. Note (3).

(٧٨) ويرى Bartin المسألة من وجهة نظر أخرى اذ يشير الى أن التركيز المجازى للعلامة Localisation Fictive يكون فى مكان التركيز الحقيقى للصناعة التى تستعملها ، ويهدف من هذا الى تركيز الحق المذكور فى مقر المنشأة الرئيسية .

"au lieu du principal etablissement "

(٧٩) Jacques Maury .. op. cit. P.260

(٨٠) Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats. Batiffol Mélanges Maury Tome (1). P.39 et s. spec. P.53.

(٨١) Deby Gérard le rôle de la régle.. op.cit., P.237, 238 Note 297.

(٨٢) La Liberté contractuelle et le droit international privé Fransais. Mélanges Dabin t (2) 1963, P.743 et s. 759.

هـوامـش

(٨٣) Andre Ponsard 'L'oeuvre de droit international privé du Doyen. Pierre louis lucas, clunet 1984, P.227, 228.

(٨٤) The conflicts of laws. A comparative study 2ed 1960, P.367.

(٨٥) Deby Gérard le rôle.. op,cit. P.241. no.302.

(٨٦) مع التحفظ بالنسبة لنطاق الارادة التى تعجز عن حل المسائل التى تعتبر محل نظم اسناد أخرى (مثل الاهلية والحقوق العينية) .

(٨٧) "La règle de droit matériel liberté accordée aux parties dans les contrats internationaux est la source juridique de ce pouvoir des parties .

(٨٨) "electio juris".

(٨٩) "convention denuée de tout formalisme" .

(٩٠) "le contrat de choix".

(٩١) **Les arrêts cites par Déby Gérard. Le rôle.. op.cit. P.235.NO.317 Note(82).**

(٩٢) Deby. Gérard le rôle.. op.cit. P. 253. No 317 et Note (85).

(٩٣) Rev. crit 1960. P. 83 Note Batiffol.

ومع ذلك ، لم تر محكمة النقض الايطالية فى حكمها الصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٦٦ الاخذ بمسألة امكان تعديل مضمون عقد الاختيار أو استبعاده نتيجة اختيار جديد مغاير ، لان مكنة تحديد النظام القانونى المختص تجد مصدرها فى قاعدة تنازع .

Clunet 1968. P.377.

ومن ثم ، فهى تملك الدور والنطاق الذى تسمح به الطبيعة القانونية لهذه القاعدة .

(٩٤) Deby Gérard Le rôle.. op.cit., P.257.

(٩٥) وقد وافق الفقه المؤيد لقيام الرابطة الموضوعية المحددة لاختيار الاطراف على نظرية الغش نحو القانون (راجع رقم ٤٤) .

Batiffol, Traité 3ed t (2) No. 575.

(٩٦) Deby Gérard le rôle de la règle.. op.cit., P.252.

وانه لا يمكن الاحتجاج بالنظام العام عادة الا على التطبيق الفعلى للقانون الاجنبى ، المختار أو المحدد ، وليس على مجرد اختيار القانون .

(٩٧) Louis lucas. la liberté contractuelle.. op. cit., P. 761.



(٩٨) Deby Gérard le rôle.. op.cit. P.259 "rejondra anisi la position des juges anglosaxons tendant à rechecher ce qu'auraient fait, en chaque espéce donnée. des contrac-tants avertis et raisonnables.

(٩٩) J.Trousset. L'incorporation dans le contrat de la loi etrangère choisie par les parties Thèse. paris 1961 et s.

ومع ذلك ، تبين من التعليق على هذا الحكم أنه لم يكن مجردا من كل رابطة بين القانون الانجليزى والعقد المتنازع فيه .

(١٠٠) Revu crit 1971, P.703 Note Simon Depitre .

(١٠١) Revu crit 1959. P.708 note Batiffol cité par loussouarn et Bredin dr. du commerce int.

(١٠٢) Amnex (11). P.828.

(١٠٣) BATIFFOL : Note sous Cass. 6 Juillet 1959, Rev. Crit. 1959, P.708 et s. Spéc. P. 711.

(١٠٤) Rev. crit. 1967, P.334, Note Batiffol.

وهذا هو ما اعتدت به محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩ يونيه ١٩٧٠ .
Rev. crit. 1971, P.692, Note Level Clunet, 1971, P.833, Note B. Opetit.

(١٠٥) الدكتور شمس الدين الوكيل ، القانون الدولى الخاص ، ١٩٦٣/٦٢ ، ص ١٥٩ .

(١٠٦) MEZGER E.: Note sous Cour Fédéral, République Allemande (R.G.H), 14 Fevrier 1958, Rev. crit., P.542 spéc. P. 547.

(١٠٧) Note Mezger sous Cour Fédérale, op. cit.

(١٠٨) BATIFFOL: Subjectivisme et objectivisme... op. cit., Mélanges Maury, T. (1) P.57.

(١٠٩) BATIFFOL: Note sous Cass.6 Juillet 1959..., op.cit., P. 708 et s.
BATIFFOL: Traité... 30 éd., T. (2), P.217, 218.

(١١٠) Toubiana le domaine de la loi.. P. 152- 153 .

(١١١) الدكتور هشام صادق فى تنازع القوانين الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٤ ، ص ٢٦ ، ٢٧ .

(١١٢) Deby Gérard le rôle de la règle.. op.cit. P.177 note (8).



هوامش

(١١٣) ما سبق رقم (٢٨) .

(١١٤) ما سبق رقم (٥) .

(١١٥) "Monaie de Paiement".

(١١٦) "Monaie de compte".

(١١٧) Batıfol Les conflits de lois en matière de contrats 1938. No. 61.

(١١٨) الدكتور كمال فهمى فى أصول القانون الدولى الخاص . الطبعة الثانية ص ٥٨٩ والهامش .

(١١٩) الدكتور هشام صادق فى تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ص ٦٦٣ .

(١٢٠) Batiffol, Aspects philosophiques du dr. inv, priv 1956, P.83 et s. No. 37.

(١٢١) ولا يمكن للعادات أن تخالف القواعد الآمره فى القانون بمقتضى قاعدة التنازع .

(١٢٢) هكذا قضت محكمة بروكسل بأن العقد الذى يبرم صحيحا أمام الممثل القنصلى الأجنبى يجب أن يفترض خضوعه لسلطان القانون الذى ينتمى اليه هذا الموظف .

Weiss. Traité théorique et Pratique, de dr. inter. prive. 8éd t (4). P.353 note (3).

(١٢٣) فقد قضت محكمة السين أن التعاقد مع دولة أجنبية يقتضى الخضوع لقانون هذه الدولة فى كل ما يتعلق بآثار العقد .

Weiss op.cit. p.353. note (2).

ومع ذلك اتجهت بعض الاحكام الى عكس هذا الاتجاه موضحة أنه عندما يكون أحد المتعاقدين دولة معينة . فهذا لا يوجب بالضرورة تطبيق قانون هذه الدولة .

Paris 19. Fev. 1968. Revu crit 1969. P.257 note M.S.D. Clunet p.336. note Verdier.

(١٢٤) Revu. crit. 1967. P.334.

(١٢٥) Weiss... op.cit. P.353.

(١٢٦) Batiffol et lagarde dr. int. Priv t (2) 1976. P.267. No. 591 en ce sens cass. soc. 5 Mars 1969. Revu crit 1970. P. 279.

وتشير Deby Gerard ان هذا الحكم قد أعتنق « قانون الصحة » "La loi de validité" وأن هذا المبدأ محل جدل ، وعلى الأخص فى مجال العقود .

Le rôle de la règle. op. cit P. 186, 187. Note (30).

هــوامــش

ويرى Batiffol أن هذا المبدأ يجب تقريره بصفه عامة حتى يمكن تفادى بطلان العقود على نحو دائم ، ويضيف أن هذا الحل غير مقبول في القانون الداخلى ، كما لا يقره القانون الدولى حيث أن الاحكام التى تبطل العقود ليست قليلة وأورد على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ يونيه سنة ١٩٦٦ . وفى المانيا حكمى ١٩٦٩/٧/٤ ، ١٩٧٠/٢/٦ D.G.H وفى هولندا لاهاى فى ١٩٦٩/٤/١٢ .

(١٢٧) Cass. civi. 29 Oct. 1974 clunet 1975 P.314. note Fouchard.

(١٢٨) Paris 21 Mai 1957 Rev crit. 1958 P.128 note Francescakes. Batiffol les conflits de lois en matière de contrats 1938. No. 521 ''elle ait été somise a la loi regissant l'obligation principal''.

(١٢٩) P. Louis Lucas La liberté contractuelle et le droit international privé. Francais Mélanges Dabin t (2) P.764.

(١٣٠) Géraud delaparadelle. Les conflits de lois en matière de nullité . paris 1967 P.155-156 no.233-234-

(١٣١) Revu crit. 1967 P.334 note Batiffol.

(١٣٢) BATIFFOL: Les conflits de lois en matière de contrats, op.cit., P.27.

BATIFFOL et LAGARDE: Droit international privé, T. (2), 1976,P.267, Note 590.

(١٣٣) AUBERT: Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses, Rev. Crit., 1962, P.19 et s.

وقد تأثر الفقه الالمانى بأفكار « سافينى » الذى يرى ضرورة التمييز بين الالتزام والعقد وأنه لما كان العقد هو مجموعة من الالتزامات ، فانه يجب بطريق اللزوم البحث عن القانون الواجب التطبيق على كل التزام ، وليس على العقد فى مجموعه .

BATIFFOL: Les onflits de lois en matière contrats, 1938, P.66.

(١٣٤) راجع فى فكرة الواقعية فى القانون الدولى الخاص بوجه عام .

G. Gourdet. L'effectivité en dr. int. Privé Thése Nice 1978 .

(١٣٥) Toubiana. Le domaine de la loi... op.cit. P.152 et s. No. 181 et spec. P.158.

(١٣٦) Cité par Toubiana. le domaine de la loi op.cit. P. 247 No. 273.

التشريع الضريبى وضريبة المبيعات كمفتاح الخروج من الأزمات الاقتصادية بمصر

للسيد الأستاذ / حسن شبريه
نقيب المحامين بالفيوم

يحضرنى فى بداية الأمر ما أعلنه الدكتور / كمال أبو المجد وزير الاعلام السابق أمام ندوة نادى الادارة والمنشور بجريدة ١٩٩١/٦/٤ من أن :

(مصر تتحمل حاليا ما هو فوق طاقتها .. فهى مطالبة بالمحافظة على استقلالها الاقتصادى فى ظل أوامر صندوق النقد الدولى وأن تحافظ على استقلالها السياسى فى ظل هيمنة أمريكية على المنطقة عقب حرب الخليج .. وأضاف بان التجربة تحتاج الى وقفة مع النفس لعلاج الازمة الاقتصادية حتى لا تزداد الفجوة بين الاغنياء والفقراء ...) .

الا ان الدكتور سعيد النجار الاستاذ بكلية الاقتصاد طرح افكاره نحو علاج الازمة الاقتصادية فى كتابه - نحو استراتيجية قومية للاصلاح الاقتصادى - ما أورده فيه من أن (مفتاح الخروج من الازمة الاقتصادية يتمثل فى اجراء تحولات جذرية فى نظامنا الاقتصادى ... وأن عملية التحول هذه ذات تكلفة - غير ان تكلفة الاصلاح تتضاءل ازاء تكلفة عدم القيام بالاصلاح ... وأنه يجب ان يكون هناك توزيع عادل لبث الاصلاح الاقتصادى بحيث يساهم فيه القوى قبل الضعيف والغنى قبل الفقير وأن تكون القيادات السياسية قدوة للقاعدة الشعبية فى استعدادها للتضحية من أجل اخراج مصر من أزمتها الحالية) .

واذا كانت مصر فى أزمة حالية - فقد سبق أن مرت بها أزمات اقتصادية طاحنه ... قامت منها .. وفى كل مرة كانت تضع الحلول للعلاج ..

الا أن العلاج الرئيسى كان ركز دائما فى فرض الضرائب والرسوم ...

بداية الأزمات

وقد ظهرت بداية الأزمات المالية مع عهد سعيد باشا فى الفترة من (١٨٥٤ - ١٨٦٣) حيث عقد سعيد باشا أول قرض ثابت سنة ١٨٦٢ كما استدان من المرابين ديونا مضمونه بواسطة سندات على الخزانة بالقيمة المقترضة - وتوفى سعيد تاركا دينا يزيد على عشرة مليون جنيه .

ثم خلفه اسماعيل باشا فى الفترة من ١٨٦٣ - ١٨٧٩ وأخذ فى الاستدانة حتى بلغت جملة ديونه بعد ست سنوات من تولية الحكم (٣٥ مليون) جنيه ثم فى سنة ١٨٧٣ عقد الخديوى اسماعيل قرضا قدره (٣٢ مليون) جنيه بحجة سداد الديون ولكنه انفقها على الهدايا والرشاوى للحصول على فرمان سنة ١٨٦٦ الذى جعل وراثة العرش فى أكبر ابنائه وفرمان سنة ١٨٦٧ للحصول على لقب خديوى

وكذلك فى حفلات افتتاح قناة السويس .

لائحة المقابلة

وحاول الخديوى اسماعيل علاج الأزمة المالية فاستدان القروض من أهالى البلاد - الا ان وزير المالية (اسماعيل صدقى) ابتدع أول ضريبة تفرض على الاطيان وصدر بها القانون المعروف (بلائحة المقابلة) وتنص على أن ملاك الاراضى الذين يدفعون الضريبة المربوطة على أراضيهم لمدة ستة سنوات يعفون من نصف المربوط ويحصلون فائدة $8\frac{1}{2}$٪ عما يدفعونه مقدما - وأقرت الحكومة ملكيتهم لاطيانهم .

ومع هذا عجز الخديوى اسماعيل عن سداد الديون الخارجية والداخلية - فأصدر مرسوما فى مايو سنة ١٨٧٦ بأنشاء (لجنة صندوق الدين) - وهى أول هيئة رسمية أوربية لفرض التدخل الاجنبى فى مصر .

وأكثر من هذا ففى سنة ١٨٧٦ فرضت الحكومتين الانجليزية والفرنسية الوصاية الاوربية على مالية مصر عن طريق انشاء نظام (المراقبة الثنائية) مع الابقاء على صندوق الدين - واستمر التدخل الاجنبى فى شئون مصر المالية حتى دخل الوزارة وزير انجليزى لوزارة المالية ووزير فرنسى للاشغال - الا أنه ظهرت حركة للشعب والجيش فى فبراير سنة ١٨٧٩ قاصدين مبنى وزارة المالية - ورغم هذا ظل الوزيران الاجنبيان ومنحا حق الفيتو على قرارات مجلس الوزراء لدرجة أن وزير المالية الانجليزى وضع مشروع تسوية مالية تجعل مصر عاجزة عن سداد ديونها - حتى تظل مصر دائما تحت الرقابة الاجنبية وظل الحال كذلك حتى تم عزل الخديوى اسماعيل من الحكم .

الغاء دين المقابلة

ثم تولى الخديوى توفيق لحكم وفى عهده تم الغاء (دين المقابلة) مما أضر بالملاك المصريين وتوالت الاحداث والثورات على مصر سنة ١٩٢٠ حيث أنشىء أول بنك وطنى هو (بنك مصر) دعامة الاقتصاد الوطنى للخروج من السيطرة الاجنبية والازمة الاقتصادية الى حاقت بالبلاد .

الضرائب على الانتاج

واذا كانت الضرائب هى مجال التموين لخزينة الدولة للخروج من الازمات الاقتصادية - باعتبار أن الضرائب من أهم الموارد السياسية للدولة فى العصر الحديث - سواء الدول المتقدمة أو الدول النامية - فان مصر أول ما عرفت من أنواع الضرائب عرفت (ضرائب على الانفاق) فى صورة ضرائب على الانتاج منذ سنة ١٩٢١ - وفى عام ١٩٣٢ صدر أول تشريع ضرائبى منظم فرض الضرائب (الرسوم على الانتاج) وكانت متمثلة فى الآتى :

ضريبة الارض الزراعية - وعوايد المبانى - وهى المسماة بالضرائب على دخل الثروة العقارية - الا أنها بدأت بعد معاهدة سنة ١٩٣٦ والغاء الامتيازات الاجنبية تتحمل عبء الكثير من المشروعات لنهضة البلاد - ورفعت مصر فى ذلك الوقت شعار مكافحة (الجهل الفقر والمرض) مما كان يستتبع اموالا كثيرة لمواجهة علاج ما كانت تعانيه فى هذه

المرحلة - فاتجهت الى ضرورة - فرض أنواع جديدة من الضرائب والرسوم - وشكلت لجانا متخصصة تبحث نظم وضع قوانين ضرائبية جديدة وأسلوب تنفيذها - وقد بدأت اللجان عملها فى أواخر سنة ١٩٣٧ واستمرت تدرسه حتى انتهت من دراسته بوضع ثلاث مشروعات قوانين ضرائبية فى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ :

أولها : مشروعات قانون بفرض ضريبة على ايرادات رؤس الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية والصناعية .

ثانيها : مشروع بقانون خاص بفرض ضريبة الدمغة .

ثالثها : مشروع بقانون خاص بفرض ضريبة على التركات ورسم الايلولة .

وقد عرض المشروع الاول على مجلس النواب والشيوخ خلال سنة ١٩٣٩ ووافقا عليه - وصدر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ ونشر فى الجريدة الرسمية برقم ١٤ سنة ١٩٣٩ بالعدد الصادر فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ .

ومنذ ذلك التاريخ وقد أصبح يوجد بمصر نظام ضريبى واضح يشمل (الارباح التجارية والصناعية وكسب العمل) حيث تتضمن فرض الضريبة على الآتى :

١) ايرادات القيم المنقولة من أسهم وسندات وغيرها من الاوراق المالية .

٢) فوائد الديون والودائع والتأمينات .

٣) ارباح جميع المهن التجارية والصناعية .

٤) المرتبات وما فى حكمها من الاجور والمكافآت والمعاشات وأرباح المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية .

تعديلات هذا القانون :

وقد أدخلت على القانون ١٤ سنة ١٩٣٩ تعديلات فى بعض أحكامه بلغ عددها ثمانية وسبعين تعديلا - وكان آخر تعديل بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٨م .

تشريع جديد

ونظرا لظهور ثغرات كثيرة فى التطبيقات العملية والقضائية فى القانون ١٤ سنة ١٩٣٩ المعدل - فقد رأت الدولة اصدار تشريع جديد تتفادى به الثغرات فأصدرت (قانون الضرائب على الدخل) تحت رقم ١٥٧ سنة ١٩٨١ فى ١٩٨١/٩/٧ ونشر بالجريدة الرسمية فى ١٩٨١/٩/١٠ .

وقد نصت مواد الاصدار فيه التواريخ الخاصة بالعمل باحكامه بالنسبة لكل نوع من الضرائب والتى شملته وهى :

أ - الضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة .

ب - الضريبة على الارباح التجارية والصناعية .

جـ - الضريبة على ارباح شركات الاموال .

د - الضريبة على المرتبات .

قانون رسم الدمغة

وبتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٣٩ صدر القانون ٤٤ سنة ١٩٣٩ المتضمن فرض رسم الدمغة وضرائب أخرى - منها ضرائب مباشرة على الاسهم والسندات وحصص التأسيس وعلى أرباح اليانصيب والمراهنات - وضرائب غير مباشرة على المعاملات وتداول الثروة .

وظل العمل به بعد أن شملته عدة تعديلات حتى تقرر

الغاؤه بالقانون ٢٢٤ سنة ١٩٥١ بتقرير رسم دمغة والذى حل محله .

كما عدل هذا القانون الاخير عدة مرات حتى تقرر الغاؤه أيضا بالقانون رقم ١١ سنة ١٩٨٠ باصدار (قانون ضريبة الدمغة) الذى عمل به ابتداء من ١/٦/١٩٨٠م .

قانون الضريبة على التركات وقانون رسم الايلولة

صدر قانون رسم الايلولة على التركات فى ٣١/٨/١٩٤٤ برقم ١٤٢ سنة ١٩٤٤ - كما صدر القانون ١٥٩ سنة ١٩٥٢ بفرض ضريبة على التركات .

وقد جرت عليهما عدة تعديلات حتى صدر اخيرا القانون رقم (٢٢٨ سنة ١٩٨٩) بالغاء ضريبة التركات وقصر الضريبة على رسم الايلولة بهدف تخفيف الاعباء الضرائبية .

قانون الضريبة على الايراد

هذا وقد صدر القانون رقم ١٩ سنة ١٩٤٩ بفرض ضريبة على الايراد ونشر بالوقائع المصرية بالعدد ١٠٢ فى ٨/٨/١٩٤٩ وقد عدل هذا القانون عدة مرات آخرها التعديلات التى قررها القانون ٤٦ سنة ١٩٧٨ - ثم الغى هذا القانون بالقانون ١٥٧ سنة ١٩٨١ بنص المادة الثانية من قانون اصداره .

قوانين الربط الحكمى

ولم تقف الدولة عند حد اصدار هذه التشريعات الضرائبية فقط بل ظهر من واقع التطبيق العملى أنه توجد فئات من الشعب أصابها الضرر من ثغرات ظهرت فى القوانين فكان لزاما لضمان تيسير العمل الضريبى على الممولين وموظفى المصلحة اصدار قوانين الربط الحكمى - تفاديا لحدة الخلاف بين الشعب والحكومة .

ومقتضى قوانين الربط الحكمى هو سريان الارباح الحقيقية للممول فى سنة معينة على عدد من السنوات التالية - وقد صدرت هذه القوانين كالآتى :

١ - المرسوم بقانون ٢٤٠ سنة ١٩٥٢ الذى قرر سريان ربط سنة ١٩٤٧ على السنوات من ١٩٤٨ - ١٩٥١ .

٢ - القانون ٥٨٧ سنة ١٩٥٤ الذى قرر مد سريان هذا الربط على السنوات من ١٩٥٢ - ١٩٥٤ .

٣ - القانون ١٠٢ سنة ١٩٥٨ الذى عالج أوجه القصور والثغرات فى القانونين السابقين .

٤ - القانون رقم ٥٥ سنة ١٩٦١ الذى قرر سريان ربط سنة ١٩٦١ على الاربع سنوات التالية .

٥ - القانون ٧٧ سنة ١٩٦٩ الذى نظم أحكام الربط الحكمى بالمواد ٥٥ ومكرراتها المضافة الى القانون ١٤ سنة ١٩٣٩ .

الا أنه بعد صدور القانون (٤٦ سنة ١٩٧٨) بشأن تحقيق العدالة الضريبية - تم الغاء الربط الحكمى اعتبارا من السنة الضريبية التى تبدأ بعد تاريخ العمل به .

والجدير بالذكر

أن المادة الثانية من القانون (١٥٧ سنة ١٩٨١) الخاص بالضرائب على الدخل تضمنت فى فقرتها الثانية على :

(الغاء احكام القانون ٤٦ سنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية فيما عدا المواد ٢٥ و ٢٦ فقرة أولى

و٢٩ و ٣٠ و ٣١ منه) .

قانون الضرائب على الدخل ١٥٧ سنة ١٩٨١

هذا وقد اصدرت الدولة قانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ سنة ١٩٨١ ثم أجرى عليه التعديل بالقانون ٨٧ سنة ١٩٨٣ - وكان مراد الدولة من هذا القانون هو ما ورد بالمادة الثانية من قانون الاصدار حيث نصت على الغاء العمل بالقوانين الآتية :

١ - القانون ١٤ سنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على رؤوس الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل .

٢ - القانون ٩٩ سنة ١٩٤٤ بفرض ضريبة عامة على الايراد .

٣ - القانون ١١٥ سنة ١٩٥٠ بفرض ضريبة اضافية على الارباح التجارية والصناعية لمصلحة المجالس البلدية والقروية .

٤ - القانون ٧ سنة ١٩٥٣ فى شان حصر المموليين للضرائب على الثروة المنقولة بالقانون ١٤ سنة ١٩٣٩ و ٩٥ سنة ١٩٧٣ بتنظيم تحصيل الضريبة العامة على الايراد والتى تتضمن ملاك العقارات المبينة و ٢٧ سنة ١٩٧٧ اعفاء فوائد البريد والبنوك من الضريبة على ايرادات رؤس الاموال المنقولة .

٥ - القانون ٤٦ سنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية وذلك فيما عدا المواد ٢٥ و ٢٦ فقرة اولى و٢٩ و ٣٠ و٣١ منه .

٦ - القانون ١١٣ سنة ١٩٧٣ بشأن فرض ضريبة جهاد على ايرادات ورؤس الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية والصناعية وكسب العمل .

٧ - القانون ١١٧ سنة ١٩٧٣ بشأن فرض ضريبة جهاد على بعض الاطيان الزراعية الخاضعة لاحكام القانون ١١٣ سنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الاطيان .

٨ - القانون ١١٨ سنة ١٩٧٣ بشأن فرض ضريبة جهاد على ملاك العقارات الخاضعة لاحكام القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٥٤ بشأن ضريبة العقارات المبنية .

٩ - القانون رقم ٢٢٧ سنة ١٩٥٦ الخاص بفرض ضريبة اضافية للدفاع .

١٠ - القانون ٣٣ سنة ١٩٦٧ بفرض ضريبة لاغراض الامن القومى .

١١ - وكذلك الغاء الضريبة الاضافية بدائرة المحافظات المفروضة كنسبة على ايرادات رؤس - الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية والصناعية .

كما أوردت المذكرة الايضاحية للقانون ١٥٧ سنة ١٩٨١ أهداف القانون المذكور وأعتبرت هذه الضريبة أحد مظاهر التضامن الاجتماعى الذى يحتم على كل مواطن تحمل نصيبه من أعباء الدولة مقابل حصوله على الضمانات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للسلطة العامة .. وبحيث تكون الضريبة معبرة عن السلام الاجتماعى الذى يتمثل فى مجال الضريبة على وضع جانب من نشاط المواطنين فى خدمة الجماعة وفقا لقدرات كل منهم وبشرط توافر السلطة التشريعية .. وبذلك تتوافر للضريبة فى اطار مفهوم السلام الاجتماعى العناصر الرئيسية الآتية : -

أ - العدالة ب - وفرة الحصيلة ج - التوجيه الاقتصادى والاجتماعى .

الامر الذى يترتب على أن

جاء النظام الضريبى يستمد علاقته الجديدة تعبيرا عن الواقع المعاصر للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

قانون الضريبة على الاستهلاك

ثمن صدر القانون رقم ١٣٣ سنة ١٩٨١ بفرض الضريبة على الاستهلاك ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٣١ تابع (٤) فى ١٩٨١/٧/٣٠ - وصدر هذا القانون كبداية لتنظيم فرض وتحصيل هذا النوع من الضرائب ليحل محل مئات القوانين والقرارات التى كانت صادرة بشأن ضرائب الانتاج والاستهلاك وفروق الاسعار وأتاوة التليفزيون وضريبة الجهاد على بعض السلع .

وقد كان فى نظر المشرع أن هذا القانون هو بداية ثورة للنظام الضريبى المصرى وتصحيحا للهيكل الضريبى السليم متمشيا مع النظم الضريبية الحديثة فى جميع دول العالم المتقدم .

لأن الهيكل الضريبى لغالبية دول العالم كما يشمل الضرائب على الدخل يشمل أيضا الضرائب على الانفاق أو ما يطلق عليه احيانا الضرائب السلعية .

وللضرائب على الانفاق - أو الضرائب السلعية - عدة مسميات (كالضريبة على الانتاج) أو (الضريبة على المبيعات) أو (الضريبة على الاستهلاك) أو (الضريبة على القيمة الصناعية) أو (الضريبة على رقم الاعمال) أو (الضريبة على المشتريات) .

وكما ذكرنا فان مصر أول ما عرفت : عرفت الضرائب على الانفاق فى صورة ضرائب على الانتاج من سنة ١٩٢١ التى تمثلت فى ضريبة الارض الزراعية وعوائد المبانى .

هذا ولم يستمر تطبيق القانون ١٣٣ سنة ١٩٨١ بفرض ضريبة على الاستهلاك طويلا حتى تعدل بالقانون (١٠٢) سنة ١٩٨٢ .

ثم ظهرت أخطاء وثغرات كثيرة فى هذا القانون فى التطبيق العملى .

سياسة الاصلاح الاقتصادى للازمة الحالية وضريبة المبيعات

واذ قد ظهرت فى مصر فى الحقبة الاخيرة ما يهدد الاصلاح الاقتصادى لوجود عجز ضخم فى الموازنة العامة للدولة وما ترتب على ذلك من آثار سلبية على ميزان المدفوعات - وما أدى اليه من وجود تضخم - وبالتالى لضعف القوة الشرائية للجنيه المصرى - وما ترتب على ذلك كله من ركود اقتصادى رظهرت الازمة المالية فان النظرة الامينة الشاملة المخلصة لتحقيق نجاح سمات الاصلاح الاقتصادى - تستلزم وبالضرورة وضع أفضل النظم الضريبية التى تناسب ظروف المجتمع المصرى .. وصولا الى الضريبة الموحدة التى يطالب بتطبيقها الكثير من الاقتصاديين .

هذا وقد توصل المشرع المصرى الى فرض الضريبة على المبيعات فصدر بشأنها القانون رقم (١١ سنة ١٩٩١) فى ١٩٩١/٤/٢٨ وهى فى الواقع - ضريبة انتاج - لانها طبقا لاحكام

القانون تطبيق على كل منتج صناعى سواء كان محليا أو مستوردا - وتدخل ضمن التكاليف الكلية للانتاج في المرحلة الاولى لفرض الضريبة .

اذ يخاطب القانون كل منتج صناعى بلغ أو جاوز اجمالى قيمة مبيعاته من السلع الصناعية المنتجة محليا الخاضعة للضريبة والمعفاة منها خلال الاثنى عشر شهرا السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون (٥٤) الف جنيه وكذلك على مورد الخدمة الخاضعة للضريبة وفقا لاحكام القانون - وقد حل هذا القانون محل (ضريبة الاستهلاك) التى الغيت بصدور قانون المبيعات الجديد .

والواقع أن هذا القانون الجديد فى عداد الضرائب غير المباشرة التى يلتزم المنتج أو المستورد أو مؤدى الخدمة فى مرحلة التطبيق الاولى للقانون بتحصيلها وتوريدها الى الخزانة العامة .

كما وأن هذا القانون الجديد جاء بأحكام ونظم جديدة لم تكن واردة فى أية ضرائب سابقة ودخل ضمن المكلفين بأداء هذه الضريبة نوعية جديدة من المتعاملين معها لم يكن لهم السبق فى التعامل مع الضريبة أو المصلحة القائمة على التحصيل لانواع الضرائب المختلفة .

وبالرجوع الى أحكام قانون الضريبة على المبيعات نجد أنه لم يخاطب (تجار الجملة وتجار التجزئة) فى المرحلة الاولى من تطبيقه حيث لم يوجه لهم الخطاب بل اقتصر فى تطبيق أحكامه فى المرحلة الاولى على (المنتج الصناعى والمستورد ومؤدى الخدمة) .

وبذلك يمتنع على تجار الجملة وتجار التجزئة اضافة ضريبة المبيعات على السلعة ومخالفة ذلك يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون بالمواد (٤١) وما بعدها .

قانون ضريبة المبيعات بين المزايا والعيوب .

ولقد ثار كثير من الجدل بين الاقتصاديين ورجال القانون والمسئولين فى مصلحة الضرائب بل ولدى ممثلى الشعب بمجلس الشعب حول مزايا وعيوب هذا القانون ويبدو أن سرعة التطبيق لاحكام القانون دون تهيئة نفوس المواطنين لتلقى واستيعاب أحكام هذا القانون أثارت نفوس الكثيرين ولكن بالنظرة المتأنية نجد أن لهذا القانون مزايا عديدة نركز أهمها فى الآتى :

أولا : يعتبر هذا القانون وسيلة فعالة لتمويل الموازنة العامة للدولة دون اللجوء الى الوسائل والآثار التضخمية .

ثانيا : أن القانون تتوافر فيه العدالة الضريبية فعلى قدر الاستهلاك يكون العبء الضريبى وهذا سيؤدى الى زيادة وعى الشعب بترشيد الاستهلاك .

ثالثا : كما تفادى قانون ضريبة المبيعات سلبيات قانون ضريبة الاستهلاك الذى كان يستلزم تحصيل الضريبة كل عشرة أيام بمجرد سحب السلعة من صالات التشغيل مما كان يترتب عليه تقليل السيولة النقدية اللازمة للانتاج .

رابعا : كما وضع القانون الجديد قواعد تبسيط للنظام الضريبى بوضع الرقابة المباشرة على المصانع والتى لم تكن متوافرة فى قانون ضريبة الاستهلاك .

خامسا : كما أزال القانون الجديد الخلاف الذى كان قائما

فى ظل الاستهلاك حول التوصيف الدقيق للسلع الخاضعة للضريبة) والتى عانت منه كثير من الشركات والمصانع ونشأت بسبب الخلاف على التوصيف قضايا جنائية وغرامات مالية كبيرة أرهقت معظم المصانع والشركات .

سابعا : عرّف القانون السلع الخاضعة للضريبة تعريفا دون أبهام أو غموض وبذلك جعلها ضريبة سلعية بفئات قيمية سهلة المحاسبة والتطبيق والتحصيل .

ثامنا : أستحدث القانون نظام التظلم فى التقدير والربط ثم التحكيم الابتدائى والعالى وحدد لكّل مواعيد للفصل فى التظلمات الى جانب حق الممول فى اللجوء الى القضاء .

تاسعا : استحدث القانون نظام الصلح فى المخالفات الضريبية ورتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية والغاء كافة ما ترتب على المخالفات من آثار .

عاشرا: شجّع القانون على التصدير بالاعفاء من ضريبة المبيعات على الصادرات .

حادى عشر: ساوى القانون الجديد بين البضاعة المحلية المستوردة اذ جعل وعاء الضريبة على السلع المستوردة (سيف) بالاضافة الى القيمة الجمركية .- وهذه الاستحداثات حق المزايا الكثيرة لرجال الصناعة فى مصر - حيث شجعهم على تنشيط الصناعة الوطنية .

ثانى عشر: حققت ضريبة المبيعات حماية صغار المنتجين حيث جعلت الحد الادنى للخضوع لها ٥٤ ألف جنيه تشجيعا لنمو صناعاتهم وليشاركوا فى مراحل أخرى عند وصولهم الى الحد المقرر لسدادها .

ثالث عشر : يسر المشرع فى القانون الجديد واقعة استحقاق الضريبة على السلع المستوردة وجعلها ذات واقعة الاستحقاق للضريبة الجمركية وجعل نظام التعامل معها هى ذات النظم الجمركية ولم يضع نظاما خاصا لضريبة المبيعات اللهم الا فئة الضريبة فقط التى حددها - وذلك تسهيلا للاجراءات على المستوردين وتفاديا للتعقيدات الادارية للنظم الجمركية .

رابع عشر: كما انه ولاول مرة فى تاريخ قوانين الضرائب فى مصر يكون تطبيق أحكام القانون الضريبى على ثلاث مراحل وذلك حرصا من المشرع على المواطن المستهلك ذى الدخل المحدود - وحرصا على كل فئة خاضعة لاحكام قانون الضريبة على المبيعات سواء - المنتج والمستورد ومورد الخدمة أو تاجر الجملة أو تاجر التجزئة .

كما جعل القانون تطبيق المرحلتين الثانية والثالثة من اختصاص رئيس الجمهورية يقدرها حسب الاحوال وطبقا لما يتوافر لدى مؤسسة الرياسة من معلومات عن مستوى الافراد المحدودى الدخل فى المرحلة التالية .

خامس عشر: كما استحدث القانون ميزات جديدة للمناطق والمدن والاسواق الحرة وأهمها :

الميزة الاولى: بالنسبة للمشروعات التى تنتج داخل هذه الكيانات الثلاثة - المناطق والمدن والاسواق الحرة - حيث اخرجها من الالتزام بسداد الضريبة على كافة السلع والخدمات التى تنتج فى داخلها وتصدرها بالكامل اى الخارج .

الميزة الثانية: أنه أعفى هذه المناطق والمدن والاسواق الحرة من الضريبة على ما تستورده من سلع وخدمات لازمة لمزاولة النشاط المرخص لها به داخل هذه الكيانات .

الميزة الثالثة: حيث جعل القانون سلع الترانزيت أو السلع العابرة لا تخضع للضريبة - وبذلك شجع القانون الجديد الشركات والهيئات الاجنبية على انشاء مناطق حره لها فى مصر تجذب اليها عماله مصرية ونقد أجنبى وهو ما يعتبر عامل جوهرى ضمن عوامل الاصلاح الاقتصادى .

سادس عشر: استحدث المشرع فى القانون الجديد نصاً يحمى منتج السلعة والمستورد ومؤدى الخدمة فى حالات التصفية والتوقف الارادى أو بالوفاة اذ جعل استحقاق الضريبة عند التصرف فى السلع التى فى حوزة المكلف - وهو ما كان يترتب عليه خلق واقعة جديدة لاستحقاق الضريبة .

سابع عشر: كما استحدث القانون الجديد نصاً يترتب على تنفيذه تبرئة ذمة الممول أولا بأول من الضريبة المستحقة بأن الزم المكلف بالضريبة أو المسجل باداء الضريبة مع الاقرار الشهرى وكذلك الزم المستورد بأدائها مع الضريبة الجمركية .

ثامن عشر: كما أورد القانون الجديد ميزة للمصدرين حيث كانوا يستردون ضرائبهم وأماناتهم فى فترة تزيد على ثلاث سنوات نتيجة حركة الواردات والصادرات الخاضعة للنظام القديم - أما الآن وفى ظل النظام الجديد المتكامل الخاص برد الضرائب الجمركية عند التصدير فانه يسمح برد الضريبة خلال ثلاثة أيام .

وقد ورد ذلك ضمن تصريح للاستاذ/ فتحى سلامة رئيس مصلحة الجمارك بجريدة الاهرام عدد يوم ١٩٩١/٥/٢٣ ص ٩ .

تاسع عشر: كما أعفى القانون الجديد أهم السلع الخاصة بمحدودى الدخل من الضريبة على المبيعات .

أما عن الانتقادات الموجهة الى قانون ضريبة المبيعات فان أهمها الآتى :

أولا : أن مؤدى تطبيق الضريبة على من يصل حد انتاجه ٥٤ ألف جنيه هو عدم التكافؤ فى المنافسة لان المنتج الصغير لن يتحمل اعباء الضريبة وبالتالى يمكنه البيع بسعر أقل عن المسجل الذى وصل الى أكثر من ٥٤ ألف جنيه .

ثانيا: كما يرى البعض أنها ضريبة غير واضحة وتنفذ بشكل مركب - رأى النائب محمد خليل حافظ الثابت بمضبطية مجلس الشعب جلسة ١٩٩١/٦/١ م .

كما يرى البعض الآخر أنها تعد رسما على رسم فيما يتعلق بالجمارك لانها تفرض على السلع المستوردة مع استيفاء الضريبة (الرسم) الجمركية .

ثالثا: أن فرض الضريبة بواقع ١٠٪ على الالآت والمعدات الرأسمالية اللازمة للانتاج ستؤدى الى رفع تكلفة الانتاج واعاقة نمو الصناعة المحلية .

رابعا: أن الاثر المترتب على تنفيذ البند الثانى من المادة (٢٨) من القانون الخاص باعطاء المصلحة الحق فى أن يكون قرارها نهائيا فى حالة عدم تعيين

المسجل (للحكم) المعين من قبله خلال عشرة أيام واعتبار فوات المدة دون تعيين الحكم امتناعا من المسجل يترتب عليه عدم قبول طلب التحكيم منه الا اذا سدد خمسين جنيها مصريا عن المرحلة الاولى فى التحكيم ومائة وخمسين جنيها مصريا للمرحلة الثانية فى التحكيم - فى هذه الغرامات على المسجل اجحاف بحق هذا المسجل رغم أنه صاحب المصلحة فى التحكيم وكان أولى برعاية القانون .

خامسا: فتح القانون المجال لموظفى مصلحة الضرائب على المبيعات لتصيد المخالفات فى مجال تقدير قيمة السلعة المنتجة أو الخدمة المؤداه المقرر تحديد قيمتها بالفاتورة الصادرة من المسجل بما سيوفر الرهبة لدى الممولين .

يظهر ذلك من أن القانون الزم كل مكلف بالضريبة أن يحدد فى الفاتورة الصادرة منه قيمة السلعة المنتجة أو الخدمة التى يؤديها فى حالة بيع السلعة المنتجة أو تقديم الخدمة من شخص مسجل بلغت حد مبيعاته ٥٤ ألف جنيه سنويا الى شخص آخر مستقل غير مسجل بحيث تكون تقدير القيمة وفقا للمجريات الطبيعية للامور لسد منافذ التهرب واذ وضع القانون قيدا على ما يلجأ الى تخفيض قيمة السلعة بقصد التهرب من الضريبة الى تقدير ثمنها أو الخدمة - بالسعر أو المقابل السائد فى السوق فى الظروف العادية فان هذا القيد سيفتح المجال [illegible] أنمصلحة لتصيد مخالفات كثيرة للمسجلين بما سيترتب [illegible] فى النهاية التهرب [illegible] دون فواتير - أو الاحجام وكساد السوق .

سادسا: لقد توسع القانون فى باب التظلمات (من حق المصلحة فى تعديل اقرار مبيعات المسجل) - من السلع والخدمات إذ عدّد الهيئات التى يجرى التظلم اليها وهى رئيس المصلحة وكذا لجان التحكيم الابتدائية ولجان التحكيم العليا - واتساع نطاق هذا الحق وتعدده سيترتب - عليه حتما كثرة عدد التظلمات من الممولين وانشغالهم بها دون التفرغ للانتاج وزيادته وهو ما يعرقل نمو الاصلاح الاقتصادى .

سابعا: أنه لا يوجد فى القانون ما يحول دون التهرب من الخضوع للضريبة وذلك بالامتناع عن اعطاء فاتورة فى كل مراحل الانتاج سواء لدى تاجر الخامات (المواد الاساسية للتصنيع) أو عند (التوزيع) وكذلك سيكون من العسير تطبيق القانون على كثير من المحلات التجارية الخاضعة له لعدم وجود آلات حاسبة لدية أو عقول الكترونية كما هو المتبع فى المحلات التجارية المنظمة فى أمريكا وأوربا بما سيؤدى الى التهرب من الضريبة مهما كانت العقوبات رادعة لان العبرة بضمان تنظيم سير المنشأة أولا ثم تطبيق القانون عليها وعلى نشاطها التجارى السلعى أو الخدمى بعد ذلك .

الضريبة العامة على الدخل بين الابقاء والالغاء

واذا كان الكثير من الاقتصاديين يؤكدون أن فرض الضريبة على المبيعات هو بداية الطريق للضريبة الموحدة لحل الازمات الاقتصادية القائمة حاليا بمصر - فانهم فى ذات الوقت يتناولون الضريبة العامة على الدخل ويصنعونها - بعضهم في ميزان الابقاء والبعض الاخر فى ميزان الالغاء - ولقد ظهرت فى الفترة الاخيرة

تيارات متباينة فى هذا الشأن .

يظهر ذلك من أن أصحاب الرأى بالالغاء يستندون الى أنها تمثل ازدواجا ضريبيا لا يجوز الابقاء عليه أما المطالبين بالابقاء فيرون ضرورة زيادة حد الاعفاء سنويا بما يتمشى مع الارتفاع فى الأسعار وكذلك أوضاع الاجور والمرتبات .

كما وأن أنصار الرأى بالالغاء يرون أيضا أن نفس الدخل خضع أكثر من مرة لضرائب مشابهة - فكل شروط الازدواج الضريبى متحققه فى هذه الضريبة ويجب تلافيها - وذلك اكتفاء بفرض الضريبة على أنواع الدخول المختلفة .

واذا كان المشرع يريد زيادة العبء الضريبى على من يحقق نوعاً معيناً من أنواع هذه الدخول فعليه ان يرفع سعر الضريبة النوعية المفروضة على هذا النوع من الدخل بالذات لا أن تأتى ضريبة أخرى على هذا الدخل بالاضافة الى الضريبة النوعية التى سبق فرضها - ومن أصحاب هذا الرأى الدكتور أحمد جامع ومنشور بجريدة الاهرام المسائى يوم ١٩٩١/٦/١٠ - ويبرر الدكتور جامع رأيه بان الظلم يبدو واضحا فى الازدواج الضريبى بالنسبة للدخل المتحقق من العمل خصوصا العمل لدى الغير الذى تفرض عليه ضريبة المرتبات والاجور مثل موظف الدولة أو القطاع العام حيث تفرض ضريبة الايرادات على دخولهم بعد فرض ضريبة المرتبات وفى هذا مضاعفة لعبء الضريبة الواقع على اكتافهم فى وقت كان من الاولى تخفيف هذا العبء خصوصا وأنهم لا يستطيعون التهرب منها مثل غالبية الضرائب الاخرى لان الضرائب المفروضة عليهم من المنبع .

واذا كان هذا هو الرأى الغالب السائد فى ذلك الوقت فان الإتجاه نرى ان يكون مع أصحاب هذا الرأى الذى يؤيد الالغاء كمفتاح لحل الأزمات الاقتصادية والتخفيف عن كاهل المستهلكين ومحدودى الدخل - مع التوجه من جانب الدولة بتغليب الاهتمام بالانتاج على تغليب المغالاه فى المطالبة بالضرائب - الى جانب الاهتمام بتسوية مشكلة الديون الخارجية .

ويؤكد فى هذا ما قاله (فيلى برانت) رئيس الدولية الاشتراكية فى كلمته امام المؤتمر الدولى للحواريين الشمال والجنوب الذى افتتح فى بون يوم ١٩٩١/١/١٦ بقوله :

(ان التطور الاقتصادى والاجتماعى فى دول العالم الثالث لن يتحقق الا بعد ايجاد حل لمشكلة الديون الخارجية التى تعانى منها هذه الدول)

- ومنشور بجريدة الاهرام فى يوم ١٩٩٠/١/١٨ ..

واذا كان ما ذهب اليه ليفى برانت يمثل الطريق السليم لحل الازمة الاقتصادية فى دول العالم الثالث ومنها مصر . فان القيادة السياسية العليا فى مصر اعطت اهتمامها الكامل لحل هذه الازمة منذ سنة ١٩٨٢ - خصوصا بعد حرب الخليج حيث بذل الرئيس حسنى مبارك جهودا مكثفة واتصالات بالعديد من زعماء الدول و ٤٨ عضوا من الكونجرس الامريكى وتمكن من اسقاط الديون العسكرية ونصف ديون مصر - كما أدت هذه الخطوات الى الاتفاق

مع صندوق النقد الدولى ونادى باريس .

العودة الى الاستدانة

ومع هذا فقد بدأت فى أواخر يونيو ١٩٩١ المباحثات الاقتصادية بين مصر وكل من فرنسا والمجموعة الاوربية بالقاهرة لتحصل مصر من فرنسا على ٧٠٠ مليون فرنك لتمويل مشروعات التنمية و ٥٠ مليون فرنك منحة كما ستحصل على ٦١٦ مليون دولار من المجموعة الاوربية .

هذا رغم تصريح الدكتور يوسف والى نائب رئيس الوزراء فى اول دورة بمعهد اعداد القادة بمدينة السلام والمنشور بجريدة الاهرام المسائى يوم ١٩٩١/٦/١٢ ص ٤ من اعطاء الرئيس حسنى مبارك الاوامر لكافة الوزراء بعدم الاستدانة الا اذا كانت الوزارة قادرة على الوفاء بالقرض .

هذا كما أعلن ميشيل كمديسيو رئيس صندوق النقد الدولى أن مصر ستحصل على اربعمائة مليون دولار لدعم برنامج الاصلاح الاقتصادى . واشاد رئيس صندوق النقد بالروح الطيبة للعديد من الدول تجاه مصر وسياستها باسقاط ربع الديون المستحقة على مصر .

وقال فى كلمته التى نشرتها المجلة الدولية للصندوق أن مصر أعدت برنامجا شاملا للاصلاح يعالج جوانب مختلفة أهمها أسعار الصرف والفائدة وتطوير القطاع العام وعلاج عجز الموازنة من [illegible] [illegible] - وأضاف رئيس الصندوق تاكيداته على [illegible]ية برنامج الاصلاح [illegible]صادى فى مصر وأن التصويت على اقتراحه الخاص بمنح مساعدات ماليه لمصر هو تصويت دولى على الثقة باقتصاد فى مصر التى تسعى الى الاعتماد على نفسها . بدعوى التخفيف من حدة الازمة والتقليل من اعباء الديون القائمة وتفادى زيادة الاعباء الضرائبية على محدودى الدخل .

الا ان بعض لاقتصاديين يرون انه يمكن للمشرع المصرى ان يعالج الازمة الاقتصادية ويحمى ذوى الدخل المحدود وهم القاعدة الشعبية العريضة بمراعاة ذلك قبل الانتقال الى المرحلة التالية الواردة بقانون ضريبة المبيعات - وبحيث بعد تطبيق مراحلها الثلاث فانه يمكن التوصل الى التطبيق الكامل لقانون ضريبة المبيعات والتحكم فى الاسعار والاعفاءات الضريبية الواردة فيه . ومن بين اصحاب هذا الرأى الدكتور عصمت عبد الكريم استاذ الضرائب الذى يضيف : -

(انه يمكن ان يستكمل النظام الضريبى المصرى بعد انتهاء هذه الفترة بضريبة عامة على دخول الاشخاص الطبيعيين تحل محل النظام الحالى للضرائب على الدخل يدخل فى وعائها جميع مصادر الدخل ويعفى منها اصحاب الدخول المنخفضة والمحدودة اكتفاء بتحملهم الضريبة العامة على المبيعات وذلك للحد من آثار تلك الضريبة عليهم باعتبارها ضريبة غير مباشرة وتكون باسعار معتدلة وتصاعديا - فتتصاعد بارتفاع شرائح الدخل وتكملها الضريبة على ارباح شركات الاموال - وبذلك يتم تحقيق نظام ضريبى متكامل يقوم على ضريبتين عامتين اساسيتين هما :

(الضريبة العامة على

المبيعات والضريبة العامة على دخول الاشخاص الطبيعيين) – التى تكملها ضريبة على ارباح شركات الاموال .

وليس ما يمنع من وجود بعض الضرائب الثانوية الاضافية والرسوم مثل الضرائب الجمركية ورسوم الدمغة والتسجيل – كما هو فى جميع الانظمة الضريبية) .

من بحث فى تطبيق الضريبة على المبيعات منشورا بالاهرام الاقتصادى العدد ١١٦٧ سنة ١٩٩١ .

وبذلك تكون بداية الطريق للضريبة الموحدة بدأ بضريبة المبيعات الحالية الجارية التطبيق وبتمام تنفيذ مراحل الضريبة الثلاث فسوف يتعود عليها الجميع وستخف حدة الازمة بالتمويل الهادف من فرض الضريبة تفادى الاستدانه بما ستنحسر معه بذلك الازمة ثم تتحول الى ذكرى – ثم ننساها .

ولقد سبقتنا شعوب كثيرة ذاقت الوانا وأشكالا مختلفة من الازمات والحرمان والعذاب ولم تستسلم – بل قاومت وصبرت و- - ددت واستطاعت ان تصنع الحياة الجميلة من جديد ولنكن اقوى صموداً واكثر صبراً . حتى يجىء اليوم الذى تشرق فيه الشمس وتختفى فيه المتاعب والازمات .

وأنه بأذن الله لقريب،،،،

وصف الدنيا ...

قال الامام على بن أبى طالب كرم الله وجهه فى وصف الدنيا .

دار أولها عناء وآخرها فناء ، حلالها حساب ، وحرامها عقاب ، من أستغنى فيها فتن ومن افتقر فيها حزن .

اصول التكييف فى المواد الجنائية

السيد الأستاذ المستشار / عبدالفتاح مراد
رئيس محكمة الأسكندرية

تمهيد :

عند عرض الواقعة على النيابة العامة بعد انتهاء الاستدلالات والتحقيقات تقوم النيابة العام بتكييف الواقعة المطروحة ووصفها وقيدها طبقا لنصوص التحريم المناسبة ، ومن هنا يتضح اهمية التكييف الصحيح لواقعة الدعوى لان التكييف غير الصحيح يؤدى الى خطأ فى تطبيق القانون ومن هنا تبدو اهمية التكييف بالنسبة للمحقق والقاضى والخصوم فى الدعوى الجنائية[1].

تقسيم :

نظرا لأهمية موضوع التكييف فسوف نعرض له فى المباحث التالية :

المبحث الاول :دور المحقق والقاضى فى تكييف الواقعة .

المبحث الثانى :المشكلات العملية فى تكييف الواقعة فى القانون الجنائى .

المبحث الثالث : العوامل التى تؤدى الى الخطأ فى التكييف الواقعة .

المبحث الاول

دور المحقق والقاضى فى تكييف الواقعة

اهمية التكييف :

التكييف qualification مشكلة ملحة تفرض نفسها على المحقق والقاضى والباحث فى مختلف فروع القانون[2]مكرر

ففى نطاق القانون الجنائى يتعين وصف الفعل الذى ارتكبه المتهم لمعرفة ما اذا كان يعتبر من قبيل السرقة او خيانة الامانة او اختلاس الاموال الأميرية .... الخ .

التكييف على هذا النحو اذن هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لاعطائها وصفها الحق ووضعها فى المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة فى فرع معين من فروع القانون[3]

وتبدو بذلك اهمية التكييف فى مجال القانون الجنائى بوصفه عملية اولية ولازمة لاخضاع التصرفات او الواقعة القانونية محل النزاع للنص القانونى الذى يحكم هذا التصرف او تلك الواقعة . ومن هنا كان الخطأ فى التكييف مسألة قانونية تخضع دائما لرقابة محكمة النقض .

التكييف القانونى والتشخيص الطبى :

والتكييف وفقا للمعنى الذى حددناه فى اطار العلوم القانونية قريب الشبه الى حد كبير بالتشخيص فى مجال الطب . فاذا كان من اليسير على طالب كلية الطب ان يفرق بوضوح بين العلاج المقرر لمرض معين ، والعلاج الذى يتعين اتباعه لمرض آخر ، فان تشخيص حالة المريض. وما اذا كان يشكو من هذا المرض او ذاك هو امر لا يسهل على المبتدىء

تبينه فى جميع الاحوال ، رغم ما لهذه المسألة من اهمية جوهرية غير خافية بوصفها مسألة اولية لازمة لتحديد العلاج الصحيح .

وهكذا يبدو انه اذا كان من اليسير فى مجال العلوم الطبية الاحاطة بانواع الامراض المختلفة والطرق المقررة لعلاج كل منها ، فان تشخيص حالة المريض المطروحة على بساط البحث ليست بمثل هذه السهولة . ففى هذا التشخيص تتمثل القدرة الحقيقية للطبيب الكفء والتى تميزه عن غيره من الاطباء .

والامر لا يختلف كثيرا فى مجال العلوم القانونية . فقد يسهل على الكثيرين الاحاطة بالاحكام التى يتضمنها قانون معين . فطالب كلية الحقوق يعرف جيدا الاحكام الخاصة بكل من عقد البيع وعقد الايجار او عقد الهبة مثلا . اما ادراك التكييف الحق والوصف السليم للعقد محل البحث فهى تتطلبه فهى عملية ذهنية تحتاج الى خبرة خاصة وبصيرة نافذة . بالاضافة الى ما تتطلبه من حاسة قانونية مرهفة .

وعلى هذا النحو يمكن القول بان القدرة على التكييف السليم فى نطاق القانون ، اسوة بالتشخيص الصحيح فى مجال الطب للنبوغ فى كل من هذين الفرعين من فروع المعرفة ، بالاضافة الى كونها الاساس الذى لا غنى عنه لحسن تطبيق ما يتضمنه كل من الفرعين السابقين من احكام . ومع ذلك فان عملية التشخيص فى الطب تبدو اكثر سهولة ويسرا بالمقارنة بالتكييف فى مجال القانون . اذ يستطيع الطبيب ان يستعين فى تشخيصه للمرض بوسائل مادية ومعملية يمكن عن طريقها القطع بسلامة التشخيص المبدئى الذى انتهى اليه . فهو يستطيع مثلا ان يتأكد من حقيقة حالة المريض عن طريق الاشعة والفحوص المعملية . بل والعمليات الجراحية التى تهدف الى مجرد الكشف عن حقيقة الداء . وكل هذه الوسائل لا يملكها الباحث القانونى ، والذى تعد عملية التكييف بالنسبة له عملية محض تجريدية وذهنية ولهذا فهو لا يستطيع ابداء الجزم بسلامة التكييف الذى إنتهى اليه بصفة مطلقة . وهذا هو شأن كافة العلوم الاجتماعية والتى تعد حقائقها نسبية إلى حد بعيد[٤].

كيف يقوم المحقق والقاضى بتكييف الواقعة :

ان الدعوى تعتبر امام المحكمة خليطا من الواقع والقانون والقاضى عند تطبيقه للقانون لا يجد نفسه امام نصوص تحتاج الى التفسير والتطبيق وانما يصادف مجموعة من الوقائع يتوقف على تحديدها اختيار القاعدة القانونية وهو ايضا فى تفسيره للواقعة وتطبيقها لا يضع بحثا قانونيا مجردا وانما يفصل فى دعوى محددة لها ظروفها الخاصة ووقائعها الذاتية مما يؤثر فى تحديد كلمة القانون واذا كان الامر كذلك خليطا من الواقع والقانون وظروف خاصة بكل دعوى ، فان القاضى يحتاج كل الاحتياج الى ممارسة نشاط فكرى يتصف بالمنطق حتى يحسم هذا الامر .

فالقاضى متى أتم فهم الواقع فى الدعوى فانه يبحث عما يجب تطبيقه اى تنزيله من احكام القانون على هذا الواقع ولما كانت احكام القانون مطلقات وعموميات تتناول انواعا واعدادا من الحوادث لا تنحصر وكانت هذه الحوادث

لا تقوم الا معينة ، لكل معنى منها خصوصية ليست فى غيره فلا سبيل لتنزيل تلك الاحكام على هذه الحوادث إلا بعد معرفة ان ذلك المعنى يشمل ذلك المطلق او ذلك العام وقد يكون صعبا وكله على كل حال فيه نظر واجتهاد وهذا الأجتهاد هو ما اسماه القانون فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى الى حكم القانون او وضعه تجت عموم القاعدة القانونية المنطبقة فتكييف القانون حادثا او امرا او عقدا او تصرفا هو تسميته اياه باسم قانونى يحصل به لمسمى هذا الاسم من آثار واحكام قانونية فتكييف ما يقع من اخذ مال الغير بغير حق هو تسميته بانه سرقة او تبديد او خيانة امانة او نصب ليبطق على الأخذ مادة العقوبة التى يستحقها على فعلته[٥].

وتظهر اهمية وخطورة دور القاضى فى هذا المجال ان الشارع لم يجر فى وضع الالفاظ القانونية على وتيرة واحدة فهو يصفها مكتفيا فيها بما ترسمه عند السامع او القارىء من صور المعانى كسوقه جريمة هتك العرض والسب والافتراء والفاظ السب وغير ذلك .

انواع التكييف :

ومفاد ما تقدم ان التكييف عملية يجريها الخصوم والمحقق والقاضى فى كل نزاع يعرض لهما ويعبر عنه باصطلاح الوصف القانونى ، ويقصد به تحديد انتهاء ظاهرة الى فكرة قانونية معينة ، وهو عصب العمل القضائى اذ يخرج عن نطاق الاعمال المادية التى يباشرها القاضى وتقع فى مجال اعماله الفنية[٦].

وينقسم التكييف من حيث الموضوع I.objet الى التكييف للواقعة qualification do faitوصفها بانها عمد او ضرب افضى الى موت . وتكييف للجريمةqualification d' inlructionأعتبارها مخالفة او جنحة او جناية . كما ينقسم التكييف من حيث المضمون الى ايجابى وهو اعتبار واقعة ما جريمة. وسلبى وهو اخراج الواقعة من نطاق التجريم .

ويتم التكييف فى ضوء القانون الواجب التطبيق ، فما دامت الواقعة تخضع للقانون الوطنى فان تكييفها يتم فى ضوء نصوصه ، بعكس ما اذا خضع للقانون الأجنبى ، فانها طبقا له [٦] . ولايتقيد القاضى فى تكييفه للواقعة برأى الخصوم او أتفاقاتهم فهو صاحب السلطة فى صدده ، وكل ما يتقيد به نصوص القانون وقاعدة احترام حقوق الدفاع ، وفى مباشرته لهذه السلطة قد يستبعد عنصرا تمسك به الخصوم او يضيف عنصرا لم يتمسكوا به ، ولكنه يقف عند تكييف الوقائع المطروحة عليه سواء وردت فى محاضر الاستدلالات او التحقيق الابتدائى او النهائى او فى محاضر اعمال الخبراء المنتدبين فى الدعوى دون غير ذلك من الوقائع .

والتكييف ينصب على الوقائع الموضوعة كتكييف واقعة بانها سرقة او تبديد ، كما يرد ايضا على الوقائع الاجرائية كما اذا انتهت المحكمة الى ان الواقعة قبض وليست مجرد استيقاف[٨] .

محكمة النقض المصرية والرقابة على التكييف :

لم تتردد محكمة النقض فى مصر فى فرض رقابتها على التكييف الذى تجريه محاكم الموضوع سواء فى مجال الوقائع الموضوعية او الاجرائية .

فقد راقبت محكمة النقض ما اسند الى المتهم من واقعة حصوله على مال بالتهديد وخلصت الى ان ملكيته لهذا المال تنفى عنه السلوك المجرم[9] . كما راقبت محكمة الموضوع فيما خلصت اليه من تقديم بلاغ فى حق وكيل النيابة ينسب اليه فيه حصوله على مبلغ مقابل حفظ جناية اختلاس يعد بلاغا كاذبا[10] ، وراقبت تكييف تقليد علامة تجارية وانتهت الى ان الجريمة تتحقق متى توافرت اوجه الشبه بين العلامة الصحيحة وتلك المقلدة[11] ، كما الغت حكما لمحكمة الموضوع قضى ببرائة المتهم ورفض الدعوى المدنية قبله فيما اسند اليه من واقعة تقليد العلامات التجارية واستندت الى انه متى اثبت الحكم ان المتهم استعمل زجاجات فارغة تحمل علامة شركة الكوكاكولا المسجلة فان ذلك يوفر الجريمة المنصوص عليها فى القانون ايا كان لون المياه المعبأة فيها او نوعها[12] ، كما قضت ايضا بانه متى ثبت لمحكمة الموضوع ان المتهم ضرب المجنى عليه بسكين عدة طعنات قاصدا قتله فانه يكون قد ارتكب جريمة القتل العمد[13] ، كما قضت بان جريمة الفعل الفاضح تتحقق متى صدر من المتهم اى من الافعال المنافية للأداب فى الطريق العام[14] ، وان قيام المتهم بعلاج المجنى عليه بغير تصريح له بذلك مما ترتب عليه المساس بسلامته يوفر جريمة احداث الجرح العمد المنصوص عليها فى المادة ٢٤٢[15] ، وقضت ايضا بان اعطاء شيك بدون رصيد الى المستفيد يحقق الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٣٧ عقوبات طالما كان المتهم على علم بعدم وجود رصيد[16] .

ومن ناحية اخرى ، استقرت محكمة النقض على رقابتها على الوقائع الاجرائية : فقضت بان مشاهدة شخص يسير فى الطريق فى ساعة متأخرة من الليل ومطالبته بتقديم بطاقته الشخصية لا يعد قبضا بل مجرد استيفاء[17] ، كما قضت بانه اذا أبلغ مأمور الضبط ان المتهم يتجر فى المخدرات فتوجه اليه وما ان شاهده الاخير حتى جرى محاولا الهرب فذلك لا يعد من حالات التلبس[18] ، وان مجرد ارتباك الشخص ووضعه يده فى جيبه مخرجا لفافة غير واضحة لا يعد تلبسا[19] ، وان تلفت الشخص يمنة ويسرة وارتباكه عند رؤية رجل الشرطة لا يعد من حالات التلبس[20] ، كما راقبت تكييف الحكم الصادر وما اذا كان حضوريا ام غيابيا فقضت بان العبرة فى وصف الحكم بانه حضورى او غيابى هى بحقيقة الواقع بصرف النظر عما تقوله المحكمة عنه[21] .

نطاق التكييف الخاضع لرقابة محكمة النقض :

لا تقف رقابة النقض للتكييف على مسائل دون غيرها فكل مسألة كيفتها محكمة الموضوع تخضع لرقابة النقض . فالرقابة تنصب على تكييف محكمة الموضوع لطلبات الخصوم ودفوعهم . كما تنصب على وقائع الدعوى سواء فى ذلك ما تعلق منه بموضوعها او اجراءاتها . ومثال ذلك الاولى تكييف شروط التجريم او موانع العقاب او اسباب الاباحة . ومثال الثانية وصف اجراء معين بانه استيقاف او قبض[21] او تكييف اجراء بانه مجرد دخول منزل او تفتيش . وقد ترد رقابة النقض على تكييف

واقعة طبيعية ترتب آثارا قانونية كما قد ترد على واقعة ارادية . مثال الاولى تكييف حالة بانها جنون ينفى مسئولية الجانى ، ومثال الثانية اجراء بانه ترك للخصومة[٢٣] ، واخيرا فقد تنصب رقابة النقض على تكييف للجريمة ذاتها وما اذا كانت تعد مخالفة او جنحة او جناية .

حدود رقابة محكمة النقض على التكييف :

عنيت محكمة النقض بوضع ضوابط رقابتها على التكييف ، فهى تراقب ما انتهت اليه محاكم الموضوع من وقائع وامور حازت قوة الشىء المحكوم فيه دون غير ذلك من الوقائع الثابتة فى التحقيقات .

وبداهة تلتزم محكمة النقض بالاصول والقواعد العامة والمعايير التى تحكم فكرة التكييف بوجه عام[٢٤] .

المبحث الثانى

المشكلات العملية فى تكييف الواقعة فى القانون الجنائى

الآثار الاجرائية لتكييف الواقعة :

للتفرقة بين الجنايات والمخالفات آثار هاما فى نطاق القانون الاجرائى لا الموضوعى فحسب ، بل ان اهم آثار هذه التفرقة واجدرها بالذكر تظهر هنا بوجه خاص فمنها :

اولا :ضمانات التحقيق الابتدائى ، فهى فى الجنايات تختلف عنها فى الجنح والمخالفات ، فمثلا لا يجرى استجواب المتهم فى جنايةconfrontationاو مواجهته بالشهودinyerrojatoireاو باقى المتهمين Affrontation الا فى حضور محاميه او بعد دعوته للحضور (م ١٢٤، ١٢٥ اجراءات) ، حين لا يلزم ذلك فى الجنح والمخالفات . ومثلا يجوز القبض على المتهم فى جميع الجنايات لمجرد توافر دلائل كافية قبله حين لا يجوز فى الجنح الا عند التلبس ، او فى جنح واردة على سبيل الحصر متى توافرت الدلائل الكافية ، ولا يجوز فى المخالفات اصلا (م ٣٤ و٣٥ اجراءات) .

ولا يجوز تفتيش شخص المتهم لا عند القبض القانونى الصحيح عليه طبقا لهذه المغايرة (م ١/٤٦ اجراءات) .

ولا يجوز تفتيش المنازل الا فى الجنايات والجنح دون المخالفات وبناء على توافر دلائل كافية (م ٩٠) . كما ان الحبس الاحتياطى يجوز فى جميع الجنايات بعد توافر مبرراته وفى الجنح بشروط خاصة ، حين لا يجوز فى المخالفات (م ١/٣٤)[٢٥] .

ثانيا :ونجد ان اجراءات الاحالة الى محكمة الموضوع تختلف فى الجنايات من جانب ، عنها فى الجنح والمخالفات من جانب آخر ، فمثلا لا تحال الجنايات الى محاكم الجنايات الا عن طريق المحامى العام بحسب الاصل ، ذلك حين تحال الجنح والمخالفات الى محكمة الموضوع بناء على امر يصدر من قاضى التحقيق او مستشار الاحالة ، بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل احد اعضاء النيابة العامة (م٢٣٢ اجراءات معدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢) .

ثالثا :ان الجنايات لا تحال الى محكمة الجنايات الا بعد تحقيقها بمعرفة احدى سلطات التحقيق بالمعنى الضيق . فلا تكفى فى ذلك مجرد

الاستدلالات ، حين انها قد تكفى فى الجنح والمخالفات .

رابعا : ان الجنايات لا تعرف نظام الادعاء المباشر ، حين تعرفه الجنح والمخالفات بشروط معينة (راجع م ٢٣٢ ؛ ٢٣٣) ويترتب على ذلك ان احوال سقوط الحق فى اختيار الطريق الجنائى بعد المدنى تختلف فى الجنايات عنها فى الجنح والمخالفات[٢٦] .

خامسا :ان الاختصاص فى الجنايات لمحاكم الجنايات ، فلا اختصاص لهذه بنظر الجنح الا فى احوال استثنائية ، ذلك حين ان الاختصاص بالجنح والمخالفات هو للمحاكم الجزئية ، فلا اختصاص لهذه بنظر الجنايات .

سادسا :ان قواعد المحاكمة فى الجنايات تختلف عنها فى الجنح والمخالفات ، بما فى ذلك ضمانات هذه المحاكم ، وترتيب اجراءاتها بما يضيق المقام عن تفصيله ، ويكفى ان نشير هنا الى ان حضور مدافع عن المتهم وجوبى فى الجنايات جوازى فيما عداها .

وانه يجب على المتهم فى جناية او جنحة معاقب عليها بالحبس ان يحضر بنفسه ، اما فى الجنح الاخرى والمخالفات فيجوز له ان ينيب عنه وكيلا لتقديم دفاعه . وهذا مع عدم الاخلال بما للمحكمة ما الحق فى ان تأمر بحضوره شخصيا (م ٢٣٧ اجراءات) .

سابعا :ان الاوامر الجنائية غير جائزة فى الجنايات ، جائزة فى الجنح والمخالفات فقط ، وفى نطاق معين .

ثامنا :ان طرق الطعن تختلف فى الجنايات عنها فى الجنح والمخالفات فحين تنظر الاولى بالنسبة للموضوع على درجة واحدة تنظر الثانية على درجتين بحسب الاصل . اما بالنسبة للقانون فتنظر الجنايات على درجتين والجنح على ثلاث ، والمخالفات على درجتين فقط اذ اجاز استئنافها ، ذلك ان الطعن بالنقض يجوز بالنسبة لاحكام محاكم الجنايات جميعا ، وبالنسبة لاحكام محاكم الجنح المستأنفة فى جنح دون المخالفات .

كما نجد ان احكام المحاكم الجزئية والاستئنائية تخضع لنظام المعارضة فى الأحكام الغيابية ، وكذلك احكام محاكم الجنايات فى الجنح والمخالفات عندما تنظرها استثناء ، كما فى احوال الخطأ فى الوصف والارتباط . حين لا تخضع لهذا النظام احكام محاكم الجنايات فى الجنايات ، بل يبطل الحكم الغيابى من تلقاء نفسه بمجرد عهور المتهم او القبض عليه (م ٣٩٥) ، بما يترتب على ذلك من نتيجة خطيرة هى جواز الحكم على المتهم بعقوبة اشد من تلك السابق الحكم بها ، حين لا يجوز ذلك عند المعارضة من المتهم فى احكام الجنح والمخالفات .

تاسعا :ان مدد تقادم الدعوى عشر سنوات الجنايات ، وثلاث للجنح ، وسنة واحدة للمخالفات (م ١٥ اجراءات) .

عاشرا :ان مدد تقادم العقوبة عشرون سنة للجنايات (وثلاثون اذا كانت الاعدام) حين انها خمس سنين فقط للجنح ، وسنتان للمخالفات (م ٥٢٨ اجراءات) .

حادى عشر : ان القانون قد فرق بين الجنايات والجنح والمخالفات فيما يتعلق بأثر الحكم غيابيا بالعقوبة من حيث نظام التقادم نفسه لا مدته

فحسب ، ففى الجنايات تكون العقوبة المحكوم بها غيابيا – ولو كانت مجرد لحبس – خاضعة من وقت الحكم بها لنظام سقوط العقوبة بالتقادم اسوة بالاحكام الحضورية فلا يجوز من ثم الحكم بانقضاء الدعوى بالتقادم فى جناية صدر فيها حكم غيابى[٢٧] ، اما فى الجنح والمخالفات فان الحكم الغيابى فيها – ما دام لم يعلن للمحكوم عليه – هو مجرد اجراء من اجراءات الدعوى لا يترتب عليه الا قطع مدة تقادم الدعوى العمومية وتبدأ من تاريخ صدوره مدة هذا التقادم .

ثانى عشر : ان التصرف فى الجنايات بالأمر فيها بان لا وجه لاقامتها لا يكون الا من المحامى العام او من يقوم مقامة دون غيره من وكلاء النيابة او مساعديها (م ٢٠٩ اجراءات) والا كان باطلا . حين يجوز صدور الامر بان لا وجه لاقامة الدعوى فى الجنح والمخالفات من اى عضو من اعضاء النيابة[٢٨] .

ثـالث عشر : ان رد الاعتبار القضائى يتطلب ان يكون قد انقضى من تاريخ تنفيذ العقوبة او صدور العفو عنها بست سنين اذا كانت عقوبة جناية وثلاث اذا كانت عقوبة جنحة (م ٥٣٧/ثانيا أجراءات) .

كما تتفاوت مدد رد الاعتبار بحكم القانون طبقا لما اذا كانت العقوبة المحكوم بها هى عقوبة جناية او عقوبة جنحة (م ٥٥٠ اجراءات) .

التكييف بين القانونين الموضوعى والاجرائى :

هكذا تظهر لهذا التوزيع الثلاثى للجرائم فى تشريعنا المصرى نتائج هامة فى القانون الاجرائى فضلا عن النتائج التى لمسناها فى نطاق القانون الموضوعى فيما سبق ، على انه من الملاحظ ان تكييف الواقعة على نحو معين يرتب من تلقاء نفسه جميع النتائج الموضوعية والاجرائية المترتبة على هذا التكييف ، فلا توجد طريقتان له : احداهما موضوعية والاخرى اجرائية ، كما لا توجد بالتالى حدود فاصلة بين نطاق كل من القانونين فى الاثار المترتبة عليه .

وقد اضطرت بعض المحاكم الى تكييف الواقعة فى القانون الموضوعى على نحو معين مترتب عى هذا التكييف ما اقتضته الحال من اثار اجرائية ، كما ان بعضها الآخر استدل بخضوع الواقعة لقاعدة اجرائية معينة – او عدم خضوعها – على حقيقة وصفها فى تقدير القانون الموضوعى . ومن ذلك ان بعض الاحكام استدل فى تكييف الجرائم المقترنة بالاعذار القانونية المخففة بنوع المحاكم المختصة بنظرها ، ومدى جواز التجنيح فيها عندما كان جائزا ، كما استدل بعضها الاخر بنفس هذه الاعتبارات على تكييف الواقعة فى العود المتكرر .

هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان بعض القواعد الواردة بين نصوص الاجراءات الجنائية ، مثل تقادم الدعوى والعقوبة ، هى فى حقيقتها قواعد موضوعية ، او ذات موضوعية ، ولذا تلحق بها فى كثير من الاحيان ، خصوصا عند تعديل النص والبحث فى سريانه بأثر رجعى ،ومبدأ هذا السريان ، فتقادم الدعوى يشبه فى اثاره الى حد بعيد حكم البراءة ، بل ان المحاكم فى العمل تقضى عادة بالبراءة لمجرد هذا الانقضاء ، لا بسقوط الدعوى فحسب ، كما أن تقادم العقوبة يولد اثارا تشبه آثار العفو عنها . ولذا كان

خطأ حكم الموضوع فى هذا الشأن يعادل الخطاء فى القانون من حيث آثاره، فمحكمة النقض تصحح الخطأ وتحكم طبقا للقانون - اذا تحققت من الانقضاء - ولا يعادل البطلان فى الحكم او الاجراءات. فلا تعاد المحاكمة من جديد امام نفس المحكمة التى اصدرت الحكم المنقوض مشكلة من قضاة آخرين(٢٩).

على انه لا ينبغى المبالغة فى مدى اتصال تكييف الواقعة فى القانون الاجرائى بتكييفها فى القانون الموضوعى. فكثيرا ما رأت محكمة النقض ان الواقعة تعتبر جنحة لاقترانها بمثل عذر الاستفزاز الوراد فى المادة ٢٣٧ ع فلا يخضع الشروع فيها من ثم للعقاب ولو انها فى القانون الاجرائى تختص بها بحسب الاصل محكمة الجنايات، ثم تخضع فى الطعن لنظام الجنايات اعتدادا بالوصف الذى تقام به الدعوى.. لكنها عند تقادم العقوبة او الدعوى يصح من جديد ان تعتبر جنحة وتعامل فى احتساب المدة على هذا النحو، اعتبارا لحقيقة وصف الواقعة فى تقدير القانون الموضوعى، ومثل ذلك يمكن ان يقال فى احوال التشديد، وبوجه خاص فى ذلك النوع من الجرائم «قلقة النوع» الا وهى جرائم العود المتكرر على خلاف فى التفاصيل بيناه فيما سبق.

بل حتى فى نطاق الاجراءات الجنائية وحدها كثيرا ما رأت محكمة النقض ان الواقعة يصح ان تعتبر جنابة يما يتعلق بطرق الطعن الجائزة فيها اعتبارا منها للوصف الذى اقيمت به الدعوى، ولكنها عند تقادم العقوبة تعتبرها جنحة اعتبارا للوصف الذى اعتمده للواقعة الحكم الصادر فيها على التفصيل الذى سنبينه فيما بعد.

وفى الواقع ان المشكلة فى تكييف الواقعة تظهر ذات طابع اجرائى بحت اذا لحق وصف الواقعة تغيير فى اية مرحلة من مراحل الدعوى، من جناية الى جنحة او من جنحة الى مخالفة او بالعكس، وهذا التغيير قد يكون نتيجة الاقتناع بقيام عذر قانونى او ظرف قضائى مخفف، او لظهور حالة من حالات التشديد كالعود. كما قد يكون بسبب مجرد الخلاف فى تأويل القانون او فى تطبيقه على الوقائع الثابتة، وربما لصدور قانون جديد يغير من نوع الواقعة.

وهذا التغيير قد يطرأ فى مرحلة التحقيق، او الاحالة او المحاكمة او ربما عند نظر الطعن فى الحكم. وقد يتغير الوصف اثناء ذلك اكثر من مرة واحدة فما العمل؟ هل تكون العبرة بالوصف القديم ام الجديد ؟ لذا أشرت فى مناسبة سابقة الى ان المشكلة فى القانون الاجرائى هى فى حقيقتها مجرد «مشكلة تعيين وقت» هى ان نجيب جوابا شافيا على هذا التساؤل وهو متى يحدث الوصف الجديد اثره؟ حين انها فى القانون الموضوعى «مشكلة تعيين نوع» بكل معانى الكلمة.

ومع تباين طابع المشكلة على هذا النحو بين كل من القانونين فانه لا ينبغى ان يفوتنا انها فى النهاية مشكلة واحدة ذات شقين. فينبغى ان تعالج منهما معا وبصرف النظر عن تغير الطابع، لأن تكييف الواقعة من حيث اعتبارها جناية او جنحة او مخالفة لا يمكن أن ينفصل عن تحديد الوقت الذى ينبغى فيه

اعتبارها من وصف معين دون آخر . اذا ما لحق هذا الوصف تغيير فى اى وقت من الاوقات ، فانه على الامرين معا يتوقف ترتيب ما يستتبعه التكييف من آثار جديرة بالاعتبار .

لذا فقد بدا لنا عسيرا فى مبدأ الامر تقسيم مشكلة تكييف الواقعة الى شقين مستقلين يعالج اولهما الموضوع فى نطاق القانون الموضوعى وحده ، ويعالج ثانيهما فى نطاق القانون الاجرائى وحده ، رغم انتفاء الحدود الفاصلة بين هذا وذاك ولكننا قد آثرنا فى النهاية اعتماد هذا التقسيم اساسا للبحث على اساس محاولة النظر الى نفس الموضوع من وجهة اولى غلبنا فيها الناحية الموضوعية باعتبارها اساسا للبحث وهدفا له مقصودا لذاته ، دون اخلال بالنواحى الاجرائية التى اثيرت بصفة عرضية كضرورة للتدليل على صواب نظر معين او عدم صوابه . حين نريد ان نغلب هنا هذه الناحية الاجرائية البحث باعتبارها الهدف من البحث دون غيرها ، كوجهة ثانية له لا تقل فى خطورتها عن سابقتها ، بل لعلها تفوقها من الناحية العملية[٣٠] .

المبحث الثالث

العوامل التى تؤدى الى خطأ فى تكييف الواقعة

ان تحليل هذه المؤثرات تحليلا وافيا مشمولا بضرب الامثلة الواقعية مهمة ضخمة وان كان لابد منها على صورة مقتضبة ، ولا مانع قبل سرد تلك المؤثرات بالتفصيل من تأصيلها فى شيمة معينة هى بيت الداء .

هذه الشيمة هى ان المحقق او القاضى حريص على ان يجعل لشخصه السيطرة على الحقيقة مع ان عليه ان يترك للحقيقة السيطرة على شخصه اذ يجب ان يتخلى عن نوازع الاعتداد بالنفس والعجب بها ويسلم بقصور نفسه وبان الأصل فيها هو العجز والضعف امام هول المهمة التى دعيت للنهوض بها والا فان من محض سجل للحقيقة يتحول من حيث لا يدرى الى طرف الخصومة بشأنها .

ان ادراك الحقيقة معناه مرورها خلال نفسية الناظر اليها بقدر هذا النظر ومداه ثم خلوصه منها بصورة تتوقف على ما فى نفسيته من المحاسن والمساوىء وبالتالى تتفاوت صورة الحقيقة جودة وسوءا باختلاف الناظرين الى الحقيقة ذاتها[٣١] .

فتختلف صورة الحقيقة باختلاف النفسية التى التقطتها كما يتوقف عمق الشعور بالحقيقة وعمق الافصاح عنها على نوعية هذه النفسية... فقد يكون امر ما واضحا لانسان ولا يكون بذات الوضوح لانسان آخر .

والتقاط الحقيقة كما يتم بمعاينتها مباشرة يجرى باستخلاصها من معاينة الآخرين لها مع ما فى هذه المعاينة من تأثر كذلك بنفسية من أداها كما فى استمداد الحقيقة من اقوال الشهود والخبراء .

ويشبه التقاط الحقيقة ادارك سبب المرض فى عملية التشخيص الطبى فقد يتعلق الطبيب بعرض ما من الاعراض ليفسره بوجود مرض من الأمراض يكون هو المرض القائم فعلا لانه فات الطبيب ان يدرك اعراضا اخرى او معطيات اضافية كان من شأنها ان تغير ما انتهى اليه من رأى خاطىء وربما قاتل للمريض .

فكما يحدث هذا فى التشخيص الطبى يتحقق كذلك فى فهم الواقعة المطروحة على القاضى من حيث مغزاها وبواعثها والجانى الذى صدرت منه حقيقة فهو يفهم الواقعة عادة على ضوء تجارب الماضى ويفسر وقوعها مبدئيا باستنتاج مجرد يظل مسيطرا عليه بينما يكون من الواجب العدول عنه تبعا لنظره اكثر شمولا تحيط بمعطيات القضية كلها .

وترجع هذه الآفة الى ما يأتى من الاسباب الشائعة :

اولا :ان المحقق او القاضى يحكم اكثر مما يتفرس ويدرك ، وبالتالى يحكم بظلم اذ يظن الواقعة مماثلة لشبيهات بها حدثت فى الماضى او من المتصور حدوثها من ان الواقعة المطروحة على خصوصية متميزة وتختلف عن تلك التى جعلها القاضى معها شيئا واحدا .

ومعنى ذلك هو المغالاة فى الثقة بالنفس وفى الطمأنينة الى حكمها والسبق الى الرأى قبل اكتمال عناصر انطباعه والتزامه دن اى استعداد للرجوع عنه اما خمولا عن بذل اى جهد اضافى واما انصياعه للميل الى عدم تخطئة النفس ولو استبان احتمال خطئها .

ومن اجل ذلك يقع على عاتق القاضى فى بداية التحقيق التزام بان يكون كالابرة المغناطسية ينجذب صوب كل تجاه تتوافر فيه قوة جاذبة حتى يتبين له الخيط الابيض من الخيط الاسود .

ثانيا :الاغراق فى تفاصيل ليست ذات بال بالقياس الى النواة المركزية للواقعة ،وربما ابداء ذكاء خارق ومذهل فى تفهم تلك التفاصيل وانما مع القصور التام والعجز المطلق عن استخلاص النواة المركزية وبيت القصيد وهذا عيب يعتبر عكسيا بالنسبة لسابقه ولكنه عيب هو الآخر ، لأن العيب السابق اهتمام بالتأصيل دون التحليل بينما الثانى اهتمام بالتحليل دون التأصيل او دون قدرة عليه .

ثالثا :التقيد بأسر العادات الفكرية الراسخة فى عمق النفس والتى ينشأ عنها استساغة للأشخاص او استثقال لظلمهم على حسب مظهرهم فقد يكون شاهد ما قبيحا رث الثياب ومع ذلك يصيب بشهادته كبد الحقيقة وقد يكون شاهد ما انيق المظهر واللفظ خفيف الظل ويبدى مع ذلك زورا وبهتانا وكذبا صراحا . اضف الى ذلك ان الشخص ذائع الصيت وبالغ المجد قد لا يكون فى شهادته صادقا لغرض فى نفسه ، لأن كل مرتفع مهدد بالسقوط قد يسقط سقوطا عظيما . وراعى القانون مثل هذه الآفة لدى القاضى حين اجاز له التنحى كلما استشعر حرجا فى قضية لصديق من اصدقائه .

والواقع ان من القضاة من يحابى صديقه ومنهم من يحدث لديه العكس وهو انه لفرط خوفه من محاباة صديقه ينتهى به الامر الى ظلم لصديقه .

فتفاديا لهذا الاثر او ذاك لا يكون امام القاضى سوى ان يتنحى اذا شاء ولقد دلت التجارب على ان الاسرار الى اذن القاضى بامور ما عن القضية على لسان صديق او صديقة او خادم شخصى او اى شخص مقرب اليه يطبع فى ذهنه صورة عن القضية من العسير ان تمحى بعد ذلك عند نظر القضية مهما كانت صورة

مجافية للحقيقة فالقاضى يظن انها الحقيقة ويحارب كل ما عداها معتبرا اياها زيفا .

فآفة الآفات هى الاستسلام لفكرة مكونة سلفا بدافع استساغة ظل بعض الاشخاص الانتهاء بهذه الفكرة عن واجب التحرى والسعى الى الحقيقة والغوص الى اعماقها .

رابعا :وضع المحقق او القاضى نفسه دون مناسبة موضع المتهم او موضع المجنى عليه فى حين ان هناك فرقا بينا من حيث الحياة والظروف والتربية والبيئة بينه وبين هذا ذاك .

فمن قبيل وضع القاضى نفسه موضع المجنى عليه ان يكون هذا مدعيا مدنيا يطلب التعويض فى تهمة اغتصاب جنسى لاحدى بناته . فاذا كانت للقاضى بنات نزع للشدة والقسوة على المتهم واذا كان له اولاد ذكور دون بنات اعتبر القضية شبه ابتزاز للمال من المتهم .

ومن قبيل وضع القاضى نفسه موضع المتهم ان تكون التهمة مثلا هى الزنا والمفروض انه مع امرأة متزوجة ، فان كان القاضى متزوجا اشتدت قسوته على المتهم وان كان أعزب فانه بحكم عدم خبرته بشعور الزوجية وكيف تثلمه واقعة الخيانة قد يعامل المتهم بالرأفة .

فيتعين للتخلص من مثل هذه الأفة الا يقابل القاضى بين نفسه وبين احد اطراف القضية المعروضة عليه لانه لا توجد مناسبة لذلك ويكون من الواجب عليه فى رقابته على نفسه بنفسه ان يتجرد من شعور يمكن ان يوجد صلة شخصية بينه وبين القضية المعروضة عليه تجعله كما لو كان طرفا فيها .

فعليه ان يقيم مسلك المتهم فى القضية الجنائية او مسلك اى خصم فى قضية مدنية بمعيار موضوعى يسترشد فيه فضلا عن حقيقة الامر الواقع بالقيم الخلقية العليا .

خامسا :تأثر المحقق او القاضى بتجربة شخصية مريرة الى حد يجعله ميالا الى ان يقيس عليها الواقعة المطروحة عليه رغم التباين التام بين هذه الواقعة وبين تلك التى كانت موضوع تجربته الماضية .

من هذا القبيل ان يكون ضحية لزنا ارتكبته زوجته مثلا فتطرح عليه تهمة زنا اتهمت به زوجة انسان نسب اليها انها خانته مع ابن اخته فيسارع على الفور لا فقط بالادانة القاسية للمتهمة والمتهم معها وانما بتخطئتهما ونسبة الواقعة اليهما دون اى نظر فى ادلة الثبوت وبغير اى تقييم لهذه الادلة .. بينما يتضح مثلا ان المتهمين بريئان من التهمة وان الزوج المبلغ مصاب بمرض عقلى هو جنون الغيرة .

سادسا : كراهية المحقق أو القاضى لصنف من القوم او فئة من الناس او تعاطفه على العكس مع صنف ما او فئة منهم مع ما فى تلك الكراهية او التعاطف من خطر الاستسلام لهما والقصور عن التقاط الحقيقة لما يخيم بسببها على ملكة الوعى من غشاوة وسبق ان اشرنا الى ذلك .

سابعا : امتلاء المحقق او القاضى بغرور شخصى يجعله دعى معرفة حتى فى مجال لا تخصص له فيه ولا معرفة ، تغنيا بالمبدأ القائل بان القاضى

خبير الخبراء ، ووضعا بهذا المبدأ فى غير موضعه دون ترجيح بين خبير وخبير .

ثامنا :التأثر بما يسمى الصدفة الحرجة بينما الحقيقة الواقعية مختفية وراء الحقيقة الاجرائية المفتعلة او الصدفة الحرجة .

فلو فاجأ زوج زوجته متلبسة بالزنا فامسك وفى يده منديل بسكين مطبخ عليه بصمات زوجته وقتل بهذا السكين شريكها الذى زنت معه فوجهت الى الزوجة تهمة قتل عشيقها لخلاف بينهما حول ثمن هذه العلاقة او لغير جنسية ، فان هذا الاتهام رغم انه يمثل ما يسمى بالحقيقةالاجرائية او الصدفة الحرجة ليس للقاضى امامه ان يصم اذنيه عن الاستماع الى ما يلح به الدفاع عن المتهمة من ان القاتل هو زوجها اذ يتعذر دائما ظهور الحقيقة كلما اعترض القاضى طريق الخصومة وعرقل حريتها فى ابداء ما يعن لهما من وجوه المدافعة .

تاسعا :شواغل العيش المادى مضافة الى ضخامة العبء الوظيفى تحدث خللا فى صفاء الملكات الذهنية قد يكون معززا كذلك بخلل فى فسيولوجيا الجسم وافرازات غدده لمرض من الامراض فيفهم القاضى الواقعة على حقيقتها ويقحم عليها ما ليس فيها .

عاشرا :ضيق صدر المحقق والقاضى واستشعاره دون وجه حق انتقاصا من قدرة لقاء كل من يسهب امامه فى الشرح كما لو كان يلقى امامه محاضرة هو فى غناء عنها .

هنا تبدو من جانبه ظاهرة ان يناقض حبا فى المناقضة او ان يعنف شاهدا او ان يسكت محاميا وهذا كله يضع العراقيل فى سبيل تكشف الحقيقة(٣٢) .

حادى عشر :خنق شخص كاتب الجلسة وتقييد حرية المحامى وذلك فيما يتعلق باثبات مجريات الجلسة الامر الذى تبدو اهميته بصفة خاصة فى قضاء الدرجة الاولى وما يباشره القضاء الاستئنافى من رقابة عليه .

ثانى عشر :ترجمة المحقق او القاضى لاقوال الشاهد على نحو خاطىء وانما بحسن نية واثبات امور على لسانه تختلف عن الحقيقة اقواله وما يقصده منها .

وهذه ظاهرة عامة ايا كانت اللغة التى يتكلم بها الشاهد وسواء اكانت عامة او فصحى وانما يخشى هذا التحريف بصفة خاصة حين يتكلم الشاهد بلهجة محلية تحتاج الى معرفة وخبرة بها وفهم لألفاظها ووجوه استخدام هذه الالفاظ .

وكثيرا ما ينشأ عن ترجمة اقوال الشاهد بدلا من تسجيلها على علاتها وبحذافيرها ان تتشوه الامور سواء فى قضاء الدرجة الاولى ام فى قضاء الدرجة الثانية بطريقة تحجب الحقيقة عن الظهور وتفوق معها جزئية كان من شأنها ان تجرى الامور على غير ما جرت عليه ، ولذا ينصح الثقاة بان يباشر القاضى عمله فى مسقط رأسه وانما خارج موطن ميلاده ودائرته الانتخابية ايضا .

ثالث عشر :ان ينشد القاضى المجد الشخصى بدلا من القناعة براحة الضمير

ومرضاة الله تعالى فيحرص على ادانة انسان ساد لدى الرأى العام وفى وسائل الاذاعة انه المذنب الحامل لوزر الجريمة فيحس القاضى بميل تلقائى الى تخطئته وحرج تلقائى من تبرئته ولا ينظر بعين الثقة الى اى وجه من الوجوه المبداة لصالحه وقد تكون وجوها جديرة بكل اعتبار .. وتسمى هذه الظاهرة بتملق الجماهير وهى طامة كبرى ايا كان مجال تحققها وانما هى كذلك فى مجال القضاء على وجه خاص(٣٣) .

هوامش

(١) انظر فى تفصيل هذا الموضوع كتابنا التصرف فى التحقيق الجنائى وطرق الطعن فيه - دراسة تطبيقية على اوامر التصرف فى التحقيق الصادرة من [illegible] فى مختلف الجرائم - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية الطبعه الاولى [illegible] .

(٢) ومن هنا كان القول بان التكييف [illegible] لازمة لأى بحث قانونى - راجع مقال الاستاذ p.louis lucas تحت عنوان : qualification et repartiton منشور فى rev. crit ١٩٥٧ ص ١٥٣ وانظر أيضا francescakis فى بحثه منشور فى rep. de dorit int ١٩٦٨ ج ١ ص ٤٨٩ فقرة ٣٦٠ وراجع ايضا بحثه المنشور فى rep ١٩٦٩ ج ٢ص ٧٠٣ تحت كلمة qualification وما بعدها .

(٣) الدكتور هشام صادق تنازع القوانين ط٣ ١٩٧٤ ص ١١٠

(٤) الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها .

(٥) د . حامد فهمى ، د . محمد حامد فهمى النقض فى المواد الجنائية والتجارية ١٩٣٧ ، ص ١٦٥ وانظر اجتهادات الفقهاء المسلمين فى مجال التكييف حيث يطلقون عليه تحقيق المناط فى الشاطبى الموفقات ج ٢ ص ٤٧ مشار اليه فى كتب الاصول ، د . زكريا البرى .

(٦) الدكتور محمد محمود ابراهيم النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى ص ٩ وما بعدها . وانظر لنا فى التكييف فى جرائم المخدرات كتابنا التجريم والعقاب فى قوانين المخدرات الطبعة الاولى ١٩٩٠ . الناشر منشأة المعارف بالاسكندارية .

(٧) الدكتور محمد على الكيك : اصول تسبيب الاحكام الجنائية ط ١٩٨٨ ص ٢٠٦ .

(٨) دكتور أحمد فتحى سرور : الوسيط ج ٢ ط ١٩٨٠ ص ٣٦٢ ، ٢٤٨ نقض جنائى ١٩٦٣/٥/١٤ س ١٤ ص ٤١٩ رقم ٨١ والدكتور محمد على الكيك رقابة محكمة النقض على تسبيب الاحكام الجنائية ص ٦١ .

(٩) نقض ١٩٣٨/٣/١٤ القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما ج ٢ ص ١١٣٦ رقم ٢٩٨ .

(١٠) نقض جنائى ١٩٤٠/٢/١٩ القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما ج ١ ص ٣٠٧ رقم ٦ .

(١١) نقض جنائى ١٩٥٤/٥/٤ المرجع السابق ج ٢ ص ٨٦٠ رقم ٤ .

(١٢) نقض جنائى ١٩٤٩/١٢/١٢ المرجع السابق ص ٨٦٢ رقم ١١ .

(١٣) نقض جنائى ١٩٣٤/٣/١٢ المرجع السابق ص ٩٥٢ رقم ٢٠ .

هوامش

(١٤) نقض جنائى ١٩٦٣/١/٢٩ س ١٤ ص ٥٨ رقم ١٣ .

(١٥) نقض جنائى ١٩٥٧/١٠/١٥ س ٨ ص ٧٨٦ رقم ٢١١ .

(١٦) نقض جنائى ١٩٨٠/١١/١٨ س ٣١ ص ١١٠٧ رقم ٢١٤ .
نقض جنائى ١٩٨١/٥/٢٧ س ٣٢ ص ٥٦٧ رقم ١٠٠ .

(١٧) نقض جنائى ١٩٥٠/٥/٨ س ١ ص ٦٠٦ رقم ١٩٩ .
نقض جنائى ١٩٧٤/٦/٩ س ٢٥ ص ٥٦٨ رقم ١٢١ .

(١٨) نقض جنائى ١٩٤٨/٥/٢٣ المرجع السابق ص ٤٤٣ رقم ١٠٦ .

(١٩) نقض جنائى ١٩٥٣/١/٢٤ المرجع السابق ص ٤٤٤ رقم ١١٤ .

(٢٠) نقض جنائى ١٩٥٩/١/٢٠ س ١٠ ص ٦٠ رقم ١٦ .

(٢١) نقض جنائى ١٩٨٦/٣/١٣ س ٥٥ غير منشور وارد فى كتابنا « الجديد فى النقض الجنائى » ص ٦٠ .

(٢٢) قريبا من هذا المعنى : دكتور احمد فتحى سرور الوسيط ج ٣ المرجع السابق ص ٣٥٠ .

(٢٣) دكتور أحمد فتحى سرور الوسيط ج ٣ المرجع السابق ص ٢٥١ .

(٢٤) دكتور محمد على الكيك رقابة محكمة النقض على تسبيب الاحكام الجنائية ص ٧١ وانظر لنا فى بيان دور محكمة النقض فى تفسير النصوص الجنائية كتابنا التصرف فى التحقيق الجنائى وطرق الطعن فيه منشأة المعارف ١٩٨٩ ص ٥٠ وما بعدها .

(٢٥) الدكتور رؤوف عبيد المشكلات العملية الهامة فى الاجراءات الجنائية ج ٢ ص ٢٣٠ وما بعدها .

(٢٦) الدكتور رؤوف عبيد « مبادىء الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى » طبعة ثالثة عشر سنة ١٩٧٩ ص ١٠٦ - ١٠٧ ، ١٩٨ ، ٢٠٠ - ٢٠٢ .

(٢٧) راجع نقض ١٩٣٨/٥/٩ القواعد القانونية ج ٤ رقم ٢١٦ ص ٢٢٧ .

(٢٨) المادة المذكورة مستبدلة بالقانون ١٧٠ لسنة ١٩٨١ الصادر فى نوفمبر ١٩٨١ الجريدة الرسمية العدد ٤٤ مكرر .

(٢٩) الدكتور رؤوف عبيد المشكلات العملية الهامة فى الاجراءات الجنائية ج ٢ ص ٢٣٤ وانظر لنا فى دور النيابة العامة فى هذا الشأن كتابنا اصول اعمال النيابات والتحقيق الجنائى العملى . الطبعة الثالثة منشأة المعارف بالاسكندرية .

(٣٠) المرجع السابق ص ٢٣٦ وراجع الدكتور احمد فتحى سرور النقض فى المواد الجنائية ط ١٩٨٨ ص ٢١٣ وما بعدها .

(٣١) راجع فى هذا المعنى كتابنا التحقيق الجنائى العملى فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ص ١١١ . الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية .

(٣٢) الدكتور رمسيس بهنام علم النفس القضائى ص ٣٩ وانظر فى دور التحقيق فى البحث عن الجريمة كتابنا التحقيق الجنائى الفنى والبحث الجنائى . الناشر المكتب الجامعى الحديث بالاسكندرية الطبعة الاولى ١٩٩١ .

(٣٣) الدكتور رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٣٤ وأنظر لنا التحقيق الجنائى العملى فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ص ١٠٥ وما بعدها . الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية .

مدى أحقية متلقى الامتياز التجارى في التعويض عن عدم تجديد عقده

السيد الدكتور / محمد حسام محمود لطفى
رئيس قسم القانون المدنى - حقوق القاهرة

مقدمة

فرض الواقع الاقتصادى والتجارى المعاصر نوعا من العقود التجارية الجديدة هو عقد الامتياز التجارى[١] ، ويمكن تعريف العقد[٢] بانه اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص طبيعى او معنوى يقال له متلقى الامتياز[٣] بان يضع مشروعه لمدة معينة فى خدمة تاجر آخر يقال له مانح الامتياز[٤] بغية احتكار تصنيع او توزيع منتجات صاحب الامتياز او خدمته المتميزة[٥] داخل دائرة جغرافية معينة نظير جعل مادى محدد[٦] .

ويلاحظ ان تسمية عقد الامتياز التجارى[٧] على هذا النحو مستقاة من تسمية عقد الامتياز الادارى[٨] لاتحادهما فى المضمون الى حد كبير ؛ فكل منهما فيه طرف ضعيف وهو المتعهد فى عقد الامتياز الادارى ومتلقى الامتياز فى عقد الامتياز االتجارى وطرف قوى وهو جهة الادارة فى عقد الامتياز الادارى والجهة المانحة للامتياز فى عقد الامتيار التجارى كما ان كلا منهما موقوت : ولا يخول الطرف الضعيف الحق في اداء عمله الا فى الشكل وبالأسلوب الذى يحدده له الطرف القوى .

وينفرد عقد الامتياز التجارى[٩] بصوره المختلفة بجمع عدد من الالتزامات على عاتق طرفيه على نحو متميز لا يعرفه اي عقد تجارى آخر وهى امتيازات يمكن ان توجز بوجه عام على النحو الآتى :

أولا :التزامات متلقى الامتياز : يلتزم متلقى الامتياز بعدة التزامات هى :

١ - قصر نشاطه على المنتجات الخاصة بمانح الامتياز دون غيرها[١٠] من المنتجات المماثلة داخل دائرة جغرافية معينة[١١] .

٢ - تحقيق حد ادنى من المبيعات وفقا لبرنامج معتمد من مانح الامتياز ،

٣ - استثمار مبلغ يحدده مانح الامتياز للتمكين لمنتج مانح الامتياز فى الاسواق .

٤ - تنفيذ العقد بمنتهى حسن النية ، وآية ذلك التزام متلقى الامتياز بالقيام باقصى الجهد فى العمل والترويج والمحافظة على اسرار المنتج الصناعية ، علاوة على وضع حسابات منتظمة لمنشأت تحت تصرف المانح .

٥ - الالتزام بازالة علامة المانح او الاشارة الدالة عليه من على كل مهمات التوزيع بمجرد انتهاء العقد .

ثانيا :التزامات مانح الامتياز ، يلتزم المانح بالآتى :

١ - قصر منح حق الامتياز على متلقى الامتياز

داخل الدائرة الجغرافية المتفق عليها .

٢ - التعاون الوطيد مع المتلقى[١٢] ، ويتجلى ذلك فى امرين :

أ - التوريد المنتظم للمنتجات المتفق على تمتع متلقى الامتياز بها .

ب - ضمان عيوب ما يتم توريده الى متلقى الامتياز وفقا للاتفاق ويتضمن عقد الامتياز عادة طائفة اخرى من الالتزامات المجحفة بالطرف الاخر وهو متلقى الامتياز اهمها : ارتفاع قيمة المقابل المالى المتطلب للحصول على حق الامتياز[١٣] ، وحق المانح فى انهاء العقد فى اى وقت بدون ابداء الاسباب نظير مهلة يمنحها لمتلقى الامتياز ، وتنازل متلقى الامتياز عن اى حق له فى التعويض قبل مانح الامتياز نتيجة لانهاء الاخير ، لاى سبب لعقد الامتياز وانعدام حق متلقى الامتياز على المنتج او على علامته التجارية او على العملاء .

وبذلك يحقق عقد الامتياز التجارى مصلحة الطرفين فى ظل تعاونهما المشترك (Animus Cooperndi) ، فالمانح يحظى بتواجد فى اسواق مختلفة ما كان ليصلها دون استثمار مبالغ كبيرة ، ومتلقى الامتياز يستفيد من سمعة او شهرة المانح او سمعته التجارية فيبدأ بداية عملاقة ما كان يستطيع ان يحققها بهذه السرعة[١٤] ، وهذ هو ما يجعل العلاقة بين مانح الامتياز ومتلقيه اشبه بالعلاقة بين حدى المقص فكل منهما يسعى الى الاخر وينجذب اليه ولن يحقق مهمته بغير شريكه على الرغم من ان الاتجاه الذى يسير فيه كل طرف مختلف عن الآخر .

وقد ادى هذا كله الى انتشار عقود الامتياز التجارية انتشارا سرطانيا سريعا فى كل دول العالم بحيث باتت تحتل نصيب الاسد فى العلاقات الاقتصادية داخليا وخارجيا[١٥] .

ولا يعنينا فى هذا الشأن سوى بحث مشكلة هامة من اهم المشكلات العملية التى تعترض عقود الامتياز التجارى ، وتتلخص هذه المشكلة فى الفرض الذى يرفض فيه مانح الامتياز تجديد عقد الامتياز التجارى وبالذات اذا تعلق بتوزيع منتج معين لصالح مانح الامتياز فنتساءل عما اذا كان لمتلقى الامتياز الحق فى التعويض من عدمه ؟

وحتى نستطيع ان نطرح حلا قانونيا مبررا فى هذا الصدد نجد لزاما علينا بحث مسألة تمهيدية وهى التكييف القانونى لعقد الامتياز التجارى استنادا الى القاعدة الاصولية القائلة بان الحكم على الشىء فرع عن تصوره وبيان ذلك ان حلا لهذه المشكلة لن يكون متصورا بغير بحث لمسألة تكييف العقد موضوع الدراسة .

وبديهى أن نولى وجهنا شطر النظام القانونى الفرنسى ملتمسين لديه الحل نظرا لما تتمتع به آراء فقهائه واحكام قضائه من مكانة متميزة بالنسبة لرجل القانون المصرى وان كان هذا لم يمنعنا من ان نستفيد من الحلول الواردة فى القوانين المقارنة بقدر اتفاقها مع الأسس التقليدية للقانون المصرى . ونحن فى ذلك لا نفعل سوى ان نطبق قول المشرع المصرى للقانون المدنى بان القاضى يلتزم بالحكم وفقا للتشريع فاذا لم يوجد فبالعرف فاذا لم يوجد

فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية فاذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهذه العبارات الاخيرة كما ورد فى المذكرة الايضاحية لهذا النص لا ترد القاضى الى ضابط يقينى وانما هى تلزمه ان يجتهد بداية حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا ان يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص[١٦] .

ومن المسلم به ان هذا الاجتهاد يجب ان يطابق قواعد النظام العام والآداب المطبقة فى مصر ، فاذا كانت اتفاقات الافراد المخالفة لهذه الفكرة تقع باطلة فاولى بالفقيه والقاضى وهم حملة لواء القانون وسندته وحجابه الا يفرطوا فيها ويعضوا عليها بالنواجز .

وعلى هذا الاساس يتم تقسيم البحث الى مباحث ثلاثة اولهما تمهيدى نخصصه للتكييف القانونى لعقد الامتياز التجارى ، وثانيها فنفرده لبيان مدى حق متلقى الامتياز فى التعويض عند عدم تجديد عقده وفقا للنظام القانونى الفرنسى ، اما الثالث فنجيب فيه عن هذا التساؤل نفسه وفقا للنظام القانونى المصرى .

مبحث تمهيدى

التكييف القانونى لعقد الامتياز التجارى

الواقع ان عملية اطلاق تكييف قانونى سليم ومقبول على عقد الامتياز التجارى ليست امرا ميسورا ، وهذا هو ما سنتبينه بمقارنة هذا العقد بالعقود الاخرى التى يقترب منها فى المضمون وهى عقود الوكالة العادية والوكالة بالعمولة والترخيص باستخدام علامة تجارية والبيع والتوريد وبعد ان نبين اوجه الخلاف بين هذه العقود جميعا والعقد موضوع الدراسة ننتقل الى بيان حكمه وفقا للنظام القانونى الفرنسى ثم وفقا لنظيره المصرى .

اولا : التفرقة بين عقد الامتياز التجارى وما يشتبه به :

نفرق هنا - كما سبق القول - بين الامتياز التجارى وعقود الوكالة العادية والوكالة بالعمولة والترخيص باستغلال علامة تجارية والبيع والتوريد : .

١) عقد الامتياز التجارى وعقد الوكالة العادية (Contrat de Mandat)[١٧] :

لا يعد عقد الامتياز عقد وكالة عادية لأن متلقى الامتياز تاجر يشترى ليعيد البيع باسمه الخاص وتحت مسئوليته ولحسابه ، بعكس الوكيل العادى الذى يشترى باسم موكله ولحسابه ، وننوه بان عقود الامتياز التجارى تتضمن عادة بندا صريحا يؤكد فيه على ان متلقى الامتياز لا يعد وكيلا ولا يجوز له ان يدعى ذلك .

٢) عقد الامتياز التجارى وعقد الوكالة بالعمولة (Contrat de Commissonnaire)[١٨] :

لا يعد عقد الامتياز عقد وكالة بالعمولة باى حال لان الوكيل بالعمولة يبيع ما يملك باسمه الشخصى ولحساب موكله فى حين ان متلقى الامتياز يبيع ما لا يملك باسمه الشخصى ولحساب نفسه ، علاوة على ان الوكيل بالعمولة يعد وسيطا غير تابع لانه مستق فى اداء عمله اما اذا كان تابعا امتنع اعتبار العقد وكالة بالعمولة[١٩] .

٣) عقد الامتياز التجارى وعقد الترخيص باستخدام علامة تجارية او صناعية
(licence d'une marque commerciale ou de fabrique):

لا يشتبه عقدالامتياز التجارى بهذا العقد ايضا لان متلقى الامتياز ليس له اى حق فى العلامة فهو مجرد وسيط مستقل فى علاقته بعملائه ، فيستفيد من المانح بالعلامة الى جوار المعرفة والمساعدة الفنية وهو بذلك يخالف عقود الترخيص باستخدام العلامة التى لا يكون للمرخص له (titulaire de licence) الا حق استخدام العلامة فى تجارته او صناعته فحسب[٢٠].

٤) عقد الامتياز التجارى وعقد البيع (contrat de vente):

اذا كان كل من العقدين يتضمن بيعا فان عقد الامتياز التجارى يتميز بالعلاقة الخاصة التى تربط بين طرفيه والمفترض فيها الدوام والاستمرار خلال مدة معينة ، بمعنى ان العقد الاخير هو من العقود المستمرة وليس الفورية ، وهذا هو ما دفع البعض[٢٢] الى القول بانه بيع اقرب الى البيع الاحتكارى الذى يرد على عمليات توريد متعاقبة .

وهذا الرأى كما هو واضح ينظر الى عقد الامتياز من زاوية واحدة دون غيرها ، فليس معنى ان عقد الامتياز يتضمن بيعا انه عقد بيع لان عقود الوكال العادية والوكالة بالعمولة وغيرها من العقود تتضمن بيعا ايضا .

٥) عقد الامتياز التجارى وعقد التوريد (contrat de fourniture)[٢٣] :

لا يختلط هذان العقدان لان محل الالتزام فى عقد الامتياز هو تزويد متلقى الامتياز بكمية غير محددة خلال فترة زمنية محددة بغرض اعادة بيعها طبقا لشروط ومواصفات يعرضها مانح الامتياز على العكس فان عقد التوريد ينصب على توريد كمية محددة الثمن والمقدار[٢٤] من شخص يقال له المورد (fournisseur) الى شخص آخر يقال له مورد اليه (fourni) .

نخلص من ذلك كله الى ان عقد الامتياز التجارى لا يتشابه مع اى عقد من العقود المعروفة ، فهو ليس عقد وكالة عاديا ولا وكالة بالعمولة ، كما انه ليس ترخيصا باستخدام علامة تجارية او وكالة تجارية عادية او بيعا او حتى توريدا . لذا فمن اللازم أن نبحث فى القضاء الفرنسى التكييف الذى توصل اليه رحاله حتى يتسنى لنا ان نصل فى النهاية الى بيان موقفنا الخاص من هذا التكييف .

ثانيا : تكييف عقد الامتياز التجارى وفقا للنظام القانونى الفرنسى :

اصدرت محكمة النقض الفرنسية ثلاث احكام متطابقة فى ١٣ من يناير سنة[٢٥] ١٩٧٢ انتهت فيها الى تكييف عقد الامتياز التجارى تكييفا مبتكرا ، فبعد ان استعرضت احكام العقد لم تعط الوليد لمن يثبت نسبه اليه بل شطرته شطرين[٢٦] فجعلت من متلقى الامتياز تاجر - عامل : فيعد تاجرا مستقلا فى علاقته بعملائه وعاملا تابعا فى كل شىء تقريبا لرب عمله وهو مانح الامتياز .

وما يعنينا فى هذا الشأن هو ان المحكمة اعتبرت متلقى الامتياز عاملا فى علاقته

بمانح الامتياز ، فهو تابع له تبعية فنية ، وتبعية اقتصادية وكذلك تبعية ادارية (او تنظيمية) :

التبعية الفنية : وتتمثل فى تقيد متلقى الامتياز بنوعية المنتجات التى يقدمها له مانح الامتياز من حيث الصنعة والجودة دون ان يكون له حق مناقشة ذلك باى حال من الاحوال .

التبعية الاقتصادية : وتتمثل فى تقيد متلقى الامتياز ببند القصر من حيث الزمان والمكان والتزامه بالسعر الذى يحدده مانح الامتياز للمنتج فضلا عن التزامه بتحقيق ارقام معينة كحد ادنى للبيع والتوزيع والاستثمار وذلك على التفصيل الذى يحدده له مانح الامتياز .

التبعية الادارية (او التنظيمية) : وتتمثل فى احترام متلقى الامتياز لبند القصر من حيث الزمان والمكان والتزامه بالحدود الدنيا بتحقيق ارقام معينة كحد ادنى للبيع والتوزيع والاستثمار وفقا لما يحدده مانح الامتياز والتزامه بعدم افشاء اسرار المنتج او الادعاء باى حق قبله عليه او على علامته التجارية والتزامه بازاله العلامات التجارية او اية بيانات للمنتج الخاص بمانح الامتياز بمجرد انتهاء العقد ، ويضاف الى ذلك كله التزام متلقى الامتياز باحترام قرار الانهاء او عدم التجديد الصادر من مانح الامتياز وتنازله عن اية حقوق له قبله مهما كانت اسباب الانهاء .

وقد استندت المحكمة فى ذلك الى المادة (٧٨ - ١) من تقنين العمل الفرنسى[٢٧] التى تطبق احكامها على طائفتين من الاشخاص :

الطائفة الاولى : الاشخاص الذين تتمثل مهنتهم اساسا فى بيع السلع أو المواد الغذائية ، ايا كانت طبيعتها والكتب والمجلدات والمطبوعات والتذاكر ، ايا كان نوعها ، اذا كان توريدها اليهم مقصورا او شبه مقصور عليهم[٢٨] من جانب منشأة صناعية او تجارية واحدة .

الطائفة الثانية: الاشخاص الذين تتمثل مهمتهم فى تجميع الطلبات او تلقى اشياء بقصد توليها او تفريغها او نقلها لحساب منشأة صناعية او تجارية واحدة .

وننوه بان خضوع هاتين الطائفتين لقانون العمل مرهون بمباشرتهم مهنتهم فى مكان مقدم او معتمد من هذه المنشاة وفقا للشروط وبالاسعار التى تفرضها هذه الاخيرة[٢٩] ، علاوة على كونهم من الاشخاص الطبعيين[٣٠] .

ولم تعدل محكمة النقض الفرنسية حتى الآن من هذا الاتجاه سبقته اليه محاكم الموضوع هناك[٣١] ، بل انها اكدت فى اكثر من مناسبة تأليه على التبعية التى تربط بين طرفى عقد الامتياز التجارى[٣٢] .

ونحن من جانبنا نؤيد محكمة النقض الفرنسى فى تغليبها لاعتبارات العدالة اعمالا للذوق القانونى السليم وان كنا نعتقد فى ان القول بتكييف عقد الامتياز التجارى بانه عقد عمل لن يضع نهاية لهذه المشكلة لان عقد العمل غير متصور وجوده الا اذا كان متلقى الامتياز شخصا طبيعيا ، اما اذا كان شخصا معنويا وهو الفرض الغالب فى العمل فان هذا التكييف ينسحب عنه دون ادنى جدال .

ثالثا :- تكييف الامتياز وفقا للنظام القانونى المصرى :

ليس من شك وجود القاعدة الاصولية القائلة بان العبرة فى التفسير هى بالمقاصد والمعانى دون الالفاظ والمبانى ، وان الواجب هو انزال التكييف السليم على المسألة محل البحث بغض النظر عما يمنحه لها الافراد من تكييفات وكما قيل بحق[٣٣] ، ان انزال تكييف قانونى بعقد ينبغى فيه مراعاة مجموع عناصر العقد دون التفات الى ما يوجد فيه من اوجه شبه بعقود اخرى .

١ - عقد الامتياز التجارى والاحكام العامة لعقد العمل فى القانون المدنى :

من الضرورى التنويه بان القاعدة ان يتخذ العامل شكل شخص معنوى ، وهذا يدفعنا الى التساؤل عن امكانة تطبيق قانون العمل على الاشخاص المعنوية العاملة ؟

بداية نستبعد انطباق القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون العمل على متلقى الامتياز لان المادة الاولى منه نصت على ان المقصود بالعامل هو كل شخص طبيعى يعمل لقاء اجر لدى صاحب عمل وتحت ادارته او اشرافه واشار واضع المذكرة الايضاحية الى ان المشرع حرص على تأكيد صفة الانسان فى العامل تمشيا مع الرأى الراجح فى الفقه[٣٤] من انه لا يجوزان يكون العامل شخصا اعتباريا .

يبقى لنا ان نتوجه الى نصوص القانون المدنى حيث لم يضع المشرع تعريفا للعامل فهل قصد بذلك ان يحكم القانون المدنى العلاقة بين العمال سواء اكانو اشخاصا طبيعيين او معنويين وارباب الاعمال باعتباره الشريعة العامة فى مجال علاقات العمل[٣٥] على اساس ان الاحكام الواردة فى التقنين المدنى بشأن العمل السرى بالقدر الذى لا تتعارض فيه صراحة او ضمنا مع التشريعات الخاصة بالعمل[٣٦] .

الواقع ان الاجابة لن تكون الا سلبية لأنه بالرجوع الى الاعمال التحضيرية للقانون المدنى نجد واضع المذكرة الايضاحية يتحدث عن انطباق احكامه على العمال ذكورا واناثا[٣٧] مما يستبعد امكان اعتبار الشخص المعنوى عاملا فى مفهوم القانون المدنى لعقد العمل .

٢ - عقد الامتياز التجارى ونص المادة ١/٦٧٦ من القانون المدنى تطبيقات :

تنص المادة ١/٦٧٦ من القانون المدنى على انه :

تسرى احكام عقد العمل على العلاقة بين ارباب الاعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين [٣٨] ومندوبين التأمين وغيرهم من الوسطاء ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة او كانوا يعملون لحساب جماعة من ارباب الاعمال ما دام هؤلاء الاشخاص تابعين لأرباب الاعمال وخاضعين لرقابتهم[٣٩] .

وقد اكد الفقه على ان التبعية القانونية التى تربط بين طرفى العقد فى هذا المقام تكفى لتكييف العقد بانه عقد عمل وان الموزع لمحل تجارى يعد عاملا متى كان خاضعا لرقابة واشراف رب العمل من حيث نشاطه فى التوزيع وطريقة وزمان ومكان التوزيع وما يوقعه عليه رب العمل من

جزاءات فى حالات التقصير والاهمال (٤٠) .

ولم يقف الامر عند هذا الحد بل ان هناك حكمين قضائيين هامين باركا هذا الاتجاه وهما :

الاول : العلاقة بين الباعة السريحة وشركات البترول :

انتهت محكمة القضاء الادارى فى اول أبريل عام ١٩٥٢(٤١) الى ان العلاقة القائمة بين الباعة السريحة وشركات البترول هى علاقة عامل برب العمل وليست علاقة منتج بتاجر لانهم يقومون بالعمل لحساب رب العمل وتحت اشرافه فليس ادل على ذلك من تحديد ساعات العمل وتحديد كمية البترول التى تسلم اليهم فى عربة مملوكة للشركة مع توقيع الجزاء عليهم فى حالة مخالفتهم اوامر الشركة وليس لهم ان يبيعوا بترولا لشركة اخرى غير الشركة التى يشتغلون فيها ويحمل كل منهم بطاقة شخصية تطبيقا للقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٤٤ والذى يلزم العمال الذين يشتغلون فى المحال الصناعية والتجارية ان يكونوا حاصلين على بطاقات شخصية ولهؤلاء العاملين نقابة عمالية اعتمدتها وزارة الشئون ، كما ان عليهم ان يبيعوا البترول فى المنطقة التى تعين لهم ويتقاضى كل عامل عمولة استحقها مقابل مجهوده فرأس ماله فى الواقع هو عملية توزيع البترول فهو اذن يتعاقد مع الشركة على عمله الشخصى .. ولا وجه للتحدى بان البائع المتجول يدفع ثمن ما يشتريه مع خصم العمولة لان التسليم فى هذه الحالة هو بمثابة تأمين من نوع ما يدفعه المستخدمون ذو العهد ولا يجوز على كل حال للمتعاقدين ان يفسخوا ما يقوم بينهم من علاقة حقيقية تحت ستار الصورية مادامت طبيعة العلاقة بين المدعين والشركة تدل على ان الرابطة بين الطرفين رابطة عمل .

الثانى : العلاقة بين الموزع والشركة المنتجة :

حكم بانه اذا كان المطعون عليه فى علاقته بشركة سنجر مقيدا بان يبيع سلعتها دون غيرها من السلع وان الشركة هى التى تحدد الاسعار وان يتبع تعليماتها وتوجيهاتها مقابل عمولة معينة على المبيعات حثا له على زيادة نشاطه فى ترويج منتجاتها .. فان تكييف الحكم العلاقة بانها عقد عمل لا مخالفة فيه للقانون(٤٢) .

خلاصة القول انه ليس هناك ما يمنع من اعتبار متلقى الامتياز اذا كان طوافا او ممثلا تجاريا جوابا او غير جواب عاملا فى حكم القانون مادام متلقى الامتياز من الاشخاص الطبيعيين اما اذ كان المتلقى من الاشخاص المعنويين فهو لن يكون ابدا من العمال لاستحالة نسبة وصف العامل الى الشخص المعنوى(٤٣) فى ظل التشريعين المصرى والفرنسى حتى لو قلنا ان من يخضع لهذه الاحكام هو ممثل الشخص المعنوى وهو من الاشخاص الطبيعيين لان الاصل ان يؤدى العامل العمل بنفسه واذا استعان بعمال يكون بمثابة رب العمل لهم .

فاذا انتهينا الى ذلك ثارت المشكلة الاساسية وهى مشكلة تجديد عقد الامتياز التجارى ، فقد يبرم عقد الامتياز التجارى ويتجدد لسنوات دون مشكلات ثم يقرر مانح الامتياز وضع نهاية للعقد فيختار عدم تجديده وهنا يثور التساؤل بشان

مصير متلقى الامتياز الذى يكون قد استثمر اموالا ضخمة فى دعم شبكة مانح الامتياز

فهل يحق لمانح الامتياز ان يضيع عليه ذلك كله ويحكم عليه بالخراب والدمار برفضة تجديد عقد الامتياز ؟

هذا هو التساؤل الذى سنجيب عنه الآن فى ظل القواعد العامة للنظامين القانونى والمصرى .

المبحث الاول

مدى احقية متلقى الامتياز التجارى فى التعويض عن عدم تجديد عقده وفقا للنظام القانونى الفرنسى

فرق القضاء الفرنسى بين مسألتين هما حق مانح الامتياز فى عدم التجديد وحق متلقى الامتياز فى طلب التجديد وهذه المسألة الاولى محسومة فى فرنسا من جانب محكمة النقض اما الثانية فما زالت تجاهد لتجد لها مكانا فى احكام النقض الفرنسى ، ويحتاج هذا كله الى بعض التفصيل .

اولا : حق الامتياز فى عدم التجديد :

تواترت احكام القضاء الفرنسى على ان لمانح الامتياز حقا اكيدا فى عدم تجديد العقد عند نهاية مدته[٤٤] ، وليس لمتلقى الامتياز الادعاء باى حق قبله ولو كان قد اعلن عند افتتاحه لمنشأة متلقى الامتياز ان هذه المنشأة ستؤمن حياة المتلقى واولاده واحفاده ومن بعدهم[٤٥] ومهما كان تاريخ العلاقات التى تربط بين طرفى العقد[٤٦] .

والقيد الوحيد الذى يرد فى هذا الشأن هو احترام مهلة الاخطار المتفق عليها - اذا كان العقد غير محدد المدة - شريطة ان تكون هذه المدة معقولة وفقا لما جرى عليه العرف واعتاده الشرفاء من رجال الصناعة والتجارة[٤٧] .

تطبيقا لذلك حكم بان ثلاثة شهور مدة كافية ومعقولة[٤٨] ، فى حين ان مدة اربعة شهور تفوق المدة التى يجرى بها العرف بشأن امتياز تجارى خاص بماكينات زراعية[٤٩] .

ومفاد ذلك ان القضاء الفرنسى مستقر ، مؤيد بمحكمة النقض على حق مانح الامتياز فى عدم تجديد عقد متلقى الامتياز وان شبهة التعسف منتقية فى جانب الاول اذا هو استخدم حقه التعاقدى فى عدم التجديد محترما مهلة كافية معقولة للاخطار[٥٠] ، ويخضع اتفاق الاطراف على قدر هذه المدة لرقابة القضاء لمنع فرض مهلة اقصر مما يجرى به العرف فى مجال الامتياز موضوع النزاع .

ثانيا : حق متلقى الامتياز فى طلب التجديد :

بدأت محاكم الموضوع فى فرنسا تتأثر بمأساة متلقى الامتياز الذى يتركه المانح مجردا من كل اسباب النجاح معطلا بذلك استثماراته المالية والبشرية الضخمة التى تكبدها فى سبيل التمكين لشبكة مانح الامتياز فى الدائرة الجغرافية التى كانت معهودة اليه[٥١] .

ويستند القضاء الفرنسى فى ذلك الى تفرقة هامة بين الحق المسلم به لمانح الامتياز فى عدم التجديد وحق متلقى الامتياز فى طلب التجديد فاطلق الحق الاول من كل قيد واخضع ممارسة الحق الثانى لرقابته فالزم المانح بتعويض المتلقى اذا شاب رفض طلب التجديد اى قدر من التعسف[٥٢] .

وذهبت احكام اخرى الى تأسيس هذا الحق فى التعويض على الطابع المشترك لعقد الامتياز[٥٣] فهو عقد مبرم لمصلحة طرفين شبيه بالنظام الفرنسى للوكالة المشتركة المصلحة (mandat d' interet commun)[٥٤].

ايا كان الامر فان هذه الاحكام سواء اقامت على نظرية التعسف فى استعمال الحق او نظام الوكالة المشتركة المصلحة ، تدل على تغليب قضاة الموضوع فى فرنسا اعتبارات العدل والانصاف على اية اعتبارات اخرى[٥٥] .

المبحث الثانى

مدى احقية متلقى الامتياز التجارى فى التعويض عند عدم تجديد عقده وفقا للنظام القانونى المصرى

نعتقد فى ان متلقى الامتياز يتمتع بحق اكيد فى التعويض ولو احترم مانح الامتياز مهلة الاخطار استنادا الى نص المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى التى تجعل استعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الثلاثة الآتية :

أ – اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب – اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

جـ – اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

وننوه بان الاعمال التحضيرية للقانون المدنى تشير الى ان هذه المعايير قصد بها تهيئة عناصر نافعة للاسترشاد للقاضى ولا سيما انها جميعا وليدة تطبيقات عملية انتهى اليها القضاء المصرى من طريق الاجتهاد[٥٦] ، وعلى الرغم من ان هذه المعايير الثلاثة تتسع لكل صور التعسف المتصور[٥٧] فان ورودها على هذا النحو لا يقطع بانها جاءت على سبيل الحصر[٥٨] .

وحقيقة الامر ان هذه المعايير الثلاثة[٥٩] يجمعها ضابط مشترك وهو نية الاضرار سواء فى صورة تعمد الاساءة الى الغير دون نفع يعود على صاحب الحق من استعماله او فى صورة استهانة بما يحيق بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير بجنيه صاحب الحق بحيث لا يكاد يلحقه ضرر من الاستغناء عنه وقد اكدت محكمة النقض المصرية كنتيجة لذلك ان هذه الضابط المشترك هو الذى يربط ما بين نظرية اساءة استعمال الحق وبين قواعد المسئولية المدنية وقوامها الخطأ وينأى بها عن مجرد اعتبارات الشفقة[٦٠] .

وسواء انتهى القاضى الى التعويض العينى او النقدى[٦١] فانه لن يستغرق وقتا فى ملاحظة الضرر البين المحدق بمتلقى الامتياز لا سيما اذا كان عقد امتيازه يخوله التصنيع الى جوار التوزيع ، حيث يترتب على الغاء الجزء الخاص بالتوزيع ضياع استثمارات مادية وبشرية ضخمة . وهذه الاستثمارات لا تتعلق فقط بعمليات التوزيع بل ايضا بعمليات التصنيع التى تتمثل فى عمل خطوط انتاج جديدة واستقدام خبرات وعمالة كافية للقيام بأعباء هذا العقد .

وبديهى ان القاضى لن يجد فى غير قاعدة التعويض عن الخسارة المتحققة والكسب

الفائت سندا له فى الحكم بالتعـويض[٦٢] ، ولــه ان يسترشد فى هذا الشأن بكل العناصر التى من شأنها المساهمة على وجه اليقين فى تحديد الضرر[٦٣] .

وتجد هذه النتيجة[٦٤] سندا لها فى المفهوم الحـديث للعلاقات التعاقدية فهى ليست علاقات خضوع بل تعاون تتضاءل امامها قاعدة العقد شريعـة المتعاقدين(pacta sunt servanda) بما يجعل السيـادة للعدل دون القوة المستمدة من تمتع احد طرفى العقد بمركز احتكارى ، فعلمى او قانونى ، يسمح له باملاء شروطه على المتعاملين معه ووضع نهاية لعلاقته بهم دون النظر الى ما تكبدوه من نفقات وما ينتظرهم من مشكلات مالية قد تهددهم وتهدد معاونيهم بالخـراب والدمار[٦٥] .

كذلك يلاحظ انه حتى اذا وضعنا التعسف فى استعمال الحق جانبا فان المنطق فى جانب استحقاق متلقى الامتياز للتعويض عند امتناع مانح الامتياز عن التجديد لان مثل هذا التصرف يتعارض مع العرف التجارى تعارضه مع مبادىء الشريعة الاسلاميـة والقانون الطبيعى وقواعـد العدالة[٦٦] ومن المعلوم ان العرف ومبادىء الشريعـة الاسلامية والقانون الطبيعى وقواعد العدالة تعد مصادر احتياطيـة يلتـزم القـاضى بالرجوع اليها اذا لم يجد نصا يسعفه فى التشريع والا وقع تحت طائلة القانون لارتكابه جريمة انكار العدالة .

الخلاصة ان هذا الحق فى التعويض الذى انتهينا اليه يوجد ايا كان التكييف القانونى الواجب منحه لعقد الامتياز التجارى لاستناده الى القواعد العامة للقانون . ونحن بذلك نتفادى ما يؤخذ على تكييف عقد الامتياز التجارى بانه عقد عمل للوصول الى هذه النتيجة نظرا لاستحالة وصف متلقى الامتياز « بالعامل » اذا كان من الاشخاص المعنوية .

الخاتمـة

ان قواعد التعسف فى استعمال الحقوق والعـرف التجارى ومبادىء القانـون الطبيعى وقواعد العدالة تعقد التزام مانح الامتياز بتعويض متلقى الامتياز عما يلحقه من اضرار[٦٧] نتيجــة رفض المانح تجديد عقد الامتياز التجارى ولو راعى المانح مهلـة الاخطـار الاتفاقيـة المعقولة[٦٨] ، فليس مقبولا ان يتخذ احد المتعاقدين العقد ستارا يجعل بمقتضاه - دون مبرر معقول - كلمته هى العليا دون النظر الى مصالح المتعاملـن معـه وحقوقهـم المشروعة فى الاستفادة من استثماراتهم المالية والبشرية التى جمعوا فيها عرق ماضيهم وحاضرهم من اجل تمتعهم بحياة كريمة فى المستقبل .

عدو الرجل حماقته ، وصديقه عقله .

« حكيم »

هوامش

(١) يسمى بالفرنسية Concession Commercialeو بالانجليزية Franchising ، وفى ٢٩ من نوفمبر عام ١٩٧٣ صدر قرار بشأن المصطلحات الاقتصادية والمالية معتمدا تسمية Franchisageفى فرنسا : انظر فى افضلية تسمية Feanchise .

(Philippe Le Tourneau, Concessions: Franchisages Juris Classeur Vo. Contrats de Distrbution, Fascicule 565 (Version du 8, 1980), no. 7 p. 3)

وننوه هنا بان التسمية الفرنسية Concession Commerciale غير دقيقة لانها تعنى الوكالة التجارية ولكنها أقرب الانظمة القانونية الفرنسية لهذا العقد الجديد (انظر لاحقا هامش رقم (٦)) .

(٢) عرفت الولايات المتحدة الامريكية هذا العقد منذ اكثر من قرن ولكنه انتشر فى العالم كله بعد الحرب العالمية الثانية وبالذات اعتبارا من عام ١٩٧٧ وتوجد الان فى الولايات المتحدة الامريكية اكثر من ٢٠٠٠ شركة تستخدم هذا النوع من العقود فى الداخل والخارج لا سيما بالنسبة للملبوسات والمأكولات والمشروبات وكذلك فى مجالات السياحة والنظافة والطباعة وصالونات التجميل وغيرها وبلغت الدخول المتحصلة من هذه العقود عام ١٩٨٥ (٥٢٩) بليون دولار امريكى ويزداد هذا الرقم بمعدل ٩٪ سنويا اعتبارا من عام ١٩٨٤ وتشكل هذه الدخول ثلث مبيعات التجزئه فى الولايات المتحدة الامريكية فى العام الواحد ويعمل فى هذه المنشأة ٦ر٥ مليون عامل . انظر فى ذلك :

Daniel V. Davidson, Brenda E. Knowles, Lynn M. Forsythe, Robert R. Jespersen, Comprehensive Business Law: Principals and cases, Kent Publishing Company/Boston/Massachusetts, 1987pp. 557:558.

وتصل هذه الدخول الى ٨٠٪ بالنسبة لمجالات اخرى كمجالات السيارات .

Lamy Commerciale, 1989, no. 2466 p. 869.

اما فى فرنسا فكان عدد اصحاب الامتياز عام ١٩٧٠ (٤ر٠٠٠) واصبح مع بداية عام ١٩٨٨ (٣ر٠٠٠) .

Jean Paul Clement, Quinze ans de Jurisprudence Franchise: Les Cents decisions qui ont fait la Franchise (1973:1988), edition EDIREF/France 1989 p.I.

وفى احصاء تم عام ١٩٨٨ فى فرنسا تبين ان ٤٪ من ارقام معاملات التجزئة متحصلة من عقود امتياز بـ (٦٠ مليار فرنك فرنسى) وان عدد المانحين وصل الى ٥٠٠ شخص فى حين وصل عدد متلقى الامتياز الى ٢٥ر٠٠٠ شخص!

Philippe Le Tourneau, Concessions:Franchisage,Op. Cit., No. 13 p. 4.

وانظر كذلك بشأن تفصيل تطور عقد الامتياز فى فرنسا :

Ph. Bessis, Le Contrat be Franchisage, Les Guides Montchrestien/France, 1986 no. 8 p 13et s.

(٣) يسمى بالفرنسية Concessionnaire/Franchise وبالانجليزية Franchisee



(٤) تسمى بالفرنسية Concedant/Franchiseur وبالانجليزية Franchisor .

(٥) عرفت الولايات المتحدة الامريكية ثلاث صور من الامتياز التجارى : وهى امتياز التوزيع (Distributionship/Product Franchises) وامتياز التصنيع بخامات محلية ومعايير خاصة بالمانح(chaine style business)وامتياز التصنيع بخامات خاصة بالمانح (مركزات للعصائر مثلا (Manufacturing or processing plants)انظر فى ذلك :

(Comprehensive Business Law, Op. Cit., p. 959)ويضاف اليه امتياز رابع وهو الخدمات وذلك حينما يقتصر دور متلقى الامتياز على منح خدمات بمعايير خاصة بالمانح كاصلاح للسيارات او ادارة المنشأة بأسلوب معين : انظر فى التنويه بهذا العقد (Service Franchise) :

Christopher Bellamy and Grahm D Child and others : Common Market Law of Competition, thied edition : London Smeet & Maxwell 1987 p. 286 No. 6.117

وانظر تعريفات اخرى فى نفس المعنى :

Code de deontologie de la Federation Francaise de Franchise, Juris Classeur Vo. Contrats de Distribution Fasc. 587 et Philippe Le Tourneau Le Franchisage, J.C.P. edition notarial 1985 no. 7 p. 14.

وانظر فى التنويه بالمشكلات الخاصة التى تعترض انتشار عقد الامتياز التجارى لاسيما فى اروبا الشرقية التى لا يوجد فيها اى اطار قانونى له :

Committee X International Franchising, Internationl Franchise Association : Private Contracts, Pulic Policies, International Franchising in the 1990, Washington D.C.May 1990 International Business Lawyr,(U.S.A.), Septeber 1990 PP. 13: 14.

(٦) ويترتب على عدم تحديد السعر او تعليقه على المعايير ملك يمين مانح الامتياز وحده بطلان البند الاتفاقى الخاص بتحديد الثمن على هذا النحو :

Cass. Com 12 Fev. 1974.D.1974. 414 note j.Chesten; J. C. P. edition G. 1975 11. 17915. note j. Bore et Cass. Com, 14 Janv. 1980. 2 arrets D. 1980 informations rapides 570 observation chr. Larroumet J. C. P. edition G. 1981. 11. 19585 note B. Geoss Cass Com. 12 Dec. 1989 (Cassation de Riom, 15 Guin 1988), D. S. 1990. Sommaires commentes. p. 369

كذلك الحال اذا ارتبط السعر بالسعر الدارج عادة فى مكان استغلال المنشأة والذى ينفرد بتحديده مانح الامتياز :

Cass. Com 11 Oct. 1978 (3 arrets). D. 1979. 135 note R. Houin; J. C. P. edition G. 1979. 11.19043 note, Loussouaran.

هوامش

ويصبح مشروعا اذا علق تحديده على ارداة اجنبى عن العاقدين :

Cass. Com 25 Mai 1981 (2 arrets) : Bull. Civ. IV. no. 246 et 247 et Revue Trimestrielle du droit commercial, 1981 no. 11 p. 828 observation J. Hemard

او اذا ارتبط تحديده بسعر « الكتالوج » الذى يخلو تحديده الى حد كبير من تحكم المانح :

C.A. paris 4eme ch. 21 Sep. 1989 (confirmation du tribunal com. de paris, 8 eme ch. 23 Sep. 1987), D.S 1990. Sommares commentes. p. 369.

(٧) كان عقد الـ Franchising يتميز بانه مقصور على الاحتكارات الواردة على علامة تجارية وكان هذا يفرقه عن عقد ال Concession الفرنسى الذى يشمل كل صور العقود التى يكون فيها لأحد توزيع منتجات معينة ذات علامة تجارية او بدونها ما دامت هذه المنتجات متميزة باسم تجارى او شهرة خاصة ثم اتحد مضمون العقدين على ما يبدو وبات المصطلح الاول يستعمل فيما يرد عليه المصطلح الثانى رغم ما يوجد بينهما من اختلافات : انظر فى التقريب بين المصطلحين :

Jean Paul Clement, Quinze ans de Jurisprudence.., op. cit., pp. 18 et 27 et Common Market Law of competition, op. cit., no. 6-117 p. 286.

وانظر فى ضرورة عدم الخلط بينهما لاختلاف العلاقات العقدية المترتبة عليها Lamy Commerciale. 1989 no. 2462 p. 868

مع ذلك فان عقد الامتياز يظل متميزا بامرين يقدمهما المانح وهما المساعدة الفنية وحق المعرفة . Ph. Bessis, Op. Cit., 23

ويشمل حق المعرفة فى هذا الشأن العلامة التجارية للمانح ولافتته

(enseigne):ph. Le Tourneau, Le Franchisage, article op. Cit. (J.C.P. edition notaral), no. 27 p. 18.

(٨) عقد الامتياز الادارى هو عقد ادارى يتعهد احد الأفراد او الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسئوليته الماليه ، بتكليف من الدولة او احدى وحداتها الادارية ، وطبقا للشروط التى توضع له باداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيائه على الارباح بعبارة اخرى انه « عقد التزام » ذو طبيعة خاصة وموضوعه ادارة مرفق عام ولا يكون الا لمدة محدودة ، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع واخطاره المالية ويتقاضى عوضا فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين ، انظر محكمة القضاء الادارى ، ٢٥ مارس عام ١٩٥٦ ، كمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى ، س ١٠ ، رقم ٢٧٠ (قضية رقم ١٤٦ س ٨ق) ، ص ٢٥٩ : ٢٦٠ .

وانظر تعريفات مماثلة له :

هوامش

Jean de soto Droit administratf, theorie genrale du service public, edition Montchrestion 1981 no. 288 p. 255:256 et Georges Vedel et Pierr Devolve: Droit administratif, PUF 1988 p. 196 et pp. 1134: 1137

وأيضا :

Andre Laubadere, Trite de droit administatif, Tome 1, par Jean-Claud Venezia et Yves Gaudmet, LGD4, no. 1311 p. 667.

وانظر فى بيان اوجه التشابه بين العقدين :

Lamy Commerciale, op. cit no. 2461 p. 868

(٩) يسميه بهذا الاسم د . سعيد يحيى (الوكلاء التجاريون فى مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصاد ، تصدرها كلية حقوق القاهرة ، س ٤٧، العددان ٣ و٤ سبتمبر/ ديسمبر عام ١٩٧٧ ،ص ٥٥٩ : ٥٦٠) أما د . على سيد قاسم فيسميه ايضا عقد الالتزام التجارى (مقال له بهذا العنوان ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥٤ عام ١٩٨٤ ص ٢٠٣) .

(١٠) يبطل العقد لعدم تحديد المحل والسعر اذا التزم المتلقى بالحصول على ٩٠٪ من منتجاته من المانح بالكم والكيف الذى يحدده الاخير وحده ودون ان يكون سعر هذه المنتجات محددا او قابلا للتحديد :

C.A paris ch. B, ler Dec. 1989 D.S 1990. Sommaires commentes. 25 eme e p. 369.

(١١) ولا يترتب على مجرد عدم وجود « قصر جغرافى » على هذا النحو البطلان :

Cass. Com 16 Janv. 1990 (Rejet du pourvoi contre Bordeaux, 2eme. ch 1 er Juin 1988) : D.S. 1980 Sommaires commetes. p. 369.

(١٢) انظر فى التنويه باهمية هذا التعاون الوطيد (collaboration etroite) المستمر(Permanente) وليس من ان الى آخر فحسب : non simplemement) occasionnelle)

C.A paris, 5eme ch. c., 27 Av. 1990 (confirmation de Trib. com paris, lere ch. 27 Juin 1988) : D,s 1990 sommaires commentes. p. 370.

فاذا ثبت اخلاله بهذا التعاون كان ذلك مبررا لانهاء العقد : انظر بشأن الاخلال بالالتزام بتأهيل المتلقى :

T.G.I. Lyon, 10e ch. 24 Av 989 et T.G.I. lere ch. 20 Nov 1989 (D,S. 1990. Sommaires commentes p. 370) .

مع ذلك كان التزام المانح متمثلا فى النصح والمشورة عندما يطلب الاخير ذلك ، فلا يسأل المانح عن اخلاله بهذا الالتزام اذ كان المتلقى لم يطلب منه ذلك :



C.A. Paris, 25e ch.B 19 Janv. 1990 (Infirmation de Trib. Com Paris. 12e ch. 10 Mars 1987) : D.S 1990. Sommaires commentes. p.. 370

ولا يعد من قبيل التعاون الذى يسأل عنه المانح سوء اختيار المتلقى لموقع محله التجارى وعدم عمله دراسة متعمقة للسوق مادام المتلقى لم يدع نسبة خطأ للمانح فى تنفيذ عقد الامتياز لاسيما فيما يتعلق بتأهيله ومنحه خبراته المتمثلة فى عقد اجتماعات دورية له مع باقى المتلقين وامدادهم بالجديد من المعلومات والخبرات التقنية والمالية المحاسبية على اساس ان تقديم المانح كل ذلك يبرىء ساحته من ادعاء المتلقى قصور المعرفة (savoir-faire)التى تلقاها من المانح .

C.A.Paris. 21 Sep. 19?? Colmar 9 Mars 1990 et Cas. Com 9 Mars 1989 : D.S. 1990 Commentaires sommaires. p. 370-371 .

(١٣) وهو ما يعبر عنه بالانجليزية بانه ,Inflated Price Comprehensive Business ...aw:
op. cit. , p. 965.

(١٤) انظر فى التنويه بمزايا هذه العقود لطرفيها على سبيل المثال :

Jean Guyenot: Concession exclusif, Enc yclopedie Dalloz Vo. Droit Commercial (version du 1973), no 1 p. 2 et s. notammet no. 8.

ولعل اهم مثال قيل فى شأن اهمية عقد الامتياز التجارى بالنسبة للمانح هو المثال الخاص بمطاعم الوجبات السريعة ماكدونالد (McDonald) حيث بدأت فى الخمسينات برأس مال قدره ٣٥ الف دولار وتجاوز راسمالها عام ١٩٨٥ (٣٠٠ مليون دولار!) :

Ph. Le Tourneau, Le Franhisage, article Op. cit., J.C.P. edittion notarial, no. 128 p. 29.

(١٥) انظر سابقا هامش رقم (٢) وانظر فى شأن تطور القضاء الفرنسى بشأن عقود التوزيع بوجه عام مع التنويه بموقف محكمة النقض الفرنسية من القضايا المعروفة باسم (Affaires Lecerc-Parfumerie) والتى برأت فيها المحكمةLeclerc من تهمتى الاستعمال غير المشروع لعلامات مسجلة والمنافسة غير المشروعة لشبكات التوزيع المعتمدة للعطور حاملة هذه العلامة على اساس ان مجرد اعادة بيع هذه العطور من جانب محلات Lerlerc عبارة عن مستودعات كبيرة لكل شىء وتبيع باسعار مخفضة بالنظر الى الدارج -- رغم كونها غير معتمدة لذلك وغير مهيئة لتوفير مستوى العرض والتسويق السائد فى شبكات التوزيع المعتمدة لا يعقد مسئوليتها :

Patrice Jourdan, Les reseaux de distribution et la responsabilite des tires revendeurs hors reseau: A propos des affaires Leclerc-Parfumerie, D.S. 1990. cheonique. pp. 43:50.

(١٦) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ،ج ١ ص ١٨٨ .

(١٧) يقال باللغة الفرنسية للوكيل (mandataire) اما الموكل فيسمى (mandant) .

هوامش

(١٨) يقال باللغة الفرنسية للوكيل بالعمولة (commissionnaire)اما موكله فيقال له (commettant) .

(١٩) الاستاذة الدكتورة سميحة القليوبى ، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجارى ، دار النهضة العربية عام ١٩٨٠ ، رقم ١٦ .

(٢٠) Encyclopedie pratique de la franchise commerciale et industrieele (Mise a jour 1985), edition IREFF (Institut de Recherche et de Formation de la Franchise), 1985, no. 62 p.3

(٢١) يقال باللغة الفرنسية للباع (vendeur) اما المشترى فيطلق عليه (acheteur) .

(٢٢) Jean Hemard, Chronique: Revue Trimestrille du Droit Commercial, Sirey/France, 1953 No. 5. P. 721.

وانظر عكس ذلك :

Cour d'appel de Paris, 25 Juin 1968 Revue trimesrielle du deoit Commeroial, 1968, observation Hemard p. 749 et s. et Cass. Civ. lere ch 15 Mars 1988 Bull, Civ 1. no. 83, Revue Trimestrielle du Droit Commerial et Sciences Economique, Hemard et Bouloc 1988, no. 16 p. 674: 675 .

(٢٣) يقال للمورد (fournisseur) والمورد اليه (fourni) باللغة الفرنسية .

(٢٤) د. على قاسم المقال السابق ، ص ٢٤٠ .

(٢٥) نشر احد هذه الاحكام فى مجلة :. : J.C.P. edition G. 1972. 11. 17240 bis

(٢٦) وهو ماكيفه البعض (Eugene Schhaeffer) بانه حل سليمانى نسبة الى سليمان الحكيم : انظر فى ذلك مقاله : Le pompiste en station service partage (a propos d'un arret de la cour de Cassation, Chambre 19e sociale du 13 janvir 1972) J.C.P. edition G. 1972.1. 2503

وننوه بان سيدنا سليمان لم يقل ذلك الا لتظهر الام الحقيقية ولم يفعله حقيقة فى القصة المشهورة المتداولة عنه من احتكام سيدتين عند تنازعهما امومة وليد فصور لهما انه سيقطع الوليد بينهما فثارت الام الحقيقية وطلبت منحه بكامله للام المدعية لانها لم تطق رؤية هذا المنظر فمنحها سليمان الحكيم الوليد بعد ان تأكد بذلك من امومتها له .

(٢٧) اصل هذه المادة هو قانون صادر فى ٢١ من مارس عام ١٩٤١ وقد وضع هذا النص اساسا ليحكم العلاقة بين مديرى اكشاك بيع الجرائد والمجلات والكتب فى محطات المترو فى العاصمة الفرنسية باريس . فقد كان يربط بين الهيئات القائمة على هذه المحطات والمكتبة الفرنسية الشهيرة Hachette عقدا بموجبه يبيع مديرو هذه الاكشاك مطبوعات هذه المكتبة ويعطى الاشياء الاخرى



التى تمدهم بها هذه المكتبة ايضا . ويلتزم مديرو الاكشاك باحترام السعر الى تفرضه المكتبة الام وكذلك احترام تعليماتها فى كل شىء لا سيما فى وقت العمل وطريقة عرض المعروضات . ولم يطبق هذا النص التشريعى الا على هذه الاكشاك وبعض فروع محلات natalysالفرنسية الشهيرة :

Encyclopedie pratique , op. cit., Fasc. p. 149

(٢٨) ويعد شبه مقصور عليهم اذا كان ٨٠٪ تقريبا من المعروضات يخص منشأة صناعية او تجارية واحدة Encyclopedie de ... op, cit., Fasc. 53 p. 149

(٢٩) حكمت محكمة النقض الفرنسية ... الدائرة الاجتماعية فى ٢٣ من يونية سنة ١٩٦٦ بان متلقى الامتياز عامل يسدد رب العمل عنه ... الاجتماعية : دعوى Societe NATALYS c/SANSAUT مشار اليها فى مرجع Clement سابق الاشارة اليه ، ص ٣٢ وفى ٢١ من مارس ١٩٧٠ (دعوى: PRENATAL C/HABERCORN عدلت المحكمة عن هذا القضاء : نفس مرجع Clement ص ٣٢ . وننوه فى هذا الصدد بان الفقرة الثانية من المادة ٧٨١–١ من قانون العمل الفرنسى ترهن التزام رب المنشأة الصناعية او التجارية الواردة فى المتن بتطبيق احكام قانون العمل على هاتين الطائفتين من الاشخاص بخضوعهم لتعليماته التى يصدرها او يعتمدها بشأن ظروف العمل ومواصفاته الصحية والامنية .

(٣٠) انظر فى ذلك: Ph. Bessis, Op.Cit. No,39 P.39 وكذلك Encyclopedie pratique de la Frnchise, op. cit., Fas. 53 p. 149 et Repertoire Dalloz vo. Droit du travail (version du 1976) no. 28 P.3.

(٣١) Cour d'appel de Nancy,26 juin 1970, Dalloz/Sirey 1971,Sommaire p. 175, Cour d' appel de Paris 15e ch 19 janvier 11971, Gazette du Palais, 1971, LER SEM. P. 368 et cour d'appel de Paris, 9 mars et 8 JUIN 1971 (2 arrrets), Dalloz Siery 1971. 11.630 et s. note jean Hemard

(٣٢) انظر فى استعراض هذه الاحكام : Clement, op. cit, p. 39 وانظر فى التأكيد على استغلال متلقى الامتياز عن مانح الامتياز فى اطار من الترابط :

(Chaque Franchise est independant mais dans l interdandance). Oliver G'AST, Apercu General de la lio americaine sur le Franchising, Revue trimestrielle du droit commercial et sciences economiques, 1982 p.239.

(٣٣) Rodiere et Champaud A Propps de pompistes de marque (J.C.P.edition G 1966 1. 1988)

(٣٤) ولا يوجد فى حقيقة الامر راى مرجوح فى الفقه يرى عكس ذلك! .

(٣٥) فيقال ان احكام القانون المدنى ما زالت محتفظة بصفة العمومية بالنسبة لموضوع العلاقة القانونية

هوامش

على العلاقات الناشئة عن عقد العمل الذى لا يخضع لقانون العمل بالقدر الذى لا تتعارض غيه مع القواعد الخاصة بهذا العقد الاخير ، الاستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى، عقد العمل الهيئة المصرية العامة الكتاب ، ط ٢، عام ١٩٨٢، رقم ٤ ص ٢٦

(٣٦) مادة ٦٧٥ من تقنين العمل .

(٣٧) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٥ ص ١٠٥ .

(٣٨) خلت الصياغة الاصلية لهذه المادة من الاشارة الى حرف العطف بين كلمتى التجاريين والجوابين ويضرب الفقه المثل بهذه المادة فى معرض استعراض الاخطاء المادية فى القانون التى ترجع الى سهو المشرع : انظر على سبيل المثال جمال زكى ، المرجع السابق رقم ١٣٣ وص ٥٣٥ والاستاذ الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة عام ١٩٨٥ ، رقم ١٠٠ ص ١٣٨ والاستاذ الدكتور حسام الدين كامل الاهوانى ، شرح قانون العمل القاهرة عام ١٩٨٨: ١٩٨٩ رقم ٨١ ص ١٠٩ .

(٣٩) يقابل هذا النص نص المادة 1-751 من تقنين العمل الذى ينطبق على ثلاث فئات هم : الجوابون (voyageurs) والممثلون (Représentant) والعارضون (placiers) ويشار الى هؤلاء الثلاثة عادة بالاحرف الاولى : .V.R.P : انظر دراسة هذا النص : Encyclopedie pratique de la Franchise..., op.cit., Fasc. 53 P. 143.

(٤٠) المستشار الدكتور فتحى عبد الصبور ، الوسيط فى قانون العمل ، الجزء الاول القاهرة عام ١٩٨٥ رقم ١٦٧ ص٢٣٩ .

(٤١) قضية رقم ٢٦٧ س ٥ ق مجموعة احكام القضاء الادارى ، س ٦ص ٧٥٩:٧٥٨ .

(٤٢) حكم دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض فى ٣ من يونية سنة ١٩٦٢ طعن رقم ٢٦٠ س ٢٩ ق غير منشور ومشار اليه لدى عبد الصبور المرجع السابق رقم ١٦٧ ص ٢٣٩ هامش رقم (١).

(٤٣) انظر فى التأكيد على مفهوم الشخص الطبيعى للعامل بالنسبة للقانون الفرنسى المراجع المشار اليها فى الهامش السابق رقم (٢٥) وبالنسبة للقانون المصرى انظر : الاستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ، شرح قانون عقد العمل، القاهرة طبعة عام ١٩٨٧ ص ٤٧ .

(٤٤) Cass. Com. 9 juillet 1952, Revue Trimestrielle du Droit Commercial, 1953 p. 720 observationJean Hemard, Cass. Com. 21 Oct. 1970 Dalloz Sirey, 1971. Som. 24, Cass. Com.6 janv. 1987, Bull. civ.IV no. 7 p. 5 Revue Trimestrielle du Droit commercial.., 1988 Observations Hemard et Bouloc. no. 21 PP. 122:123 ET Cass. Com.10 Fév. 1987, Bull. Civ. IV. no 41 p. 31 Revue Trimestrielle du Droit Commercial.., observations Hemard et BOULOC 1988 no. 19 p. 121.



هوامش

(٤٥) Cass. Com 9 juillet 1952 6Affair Margouet C/Soc. Andre Citroen, Revue Trimestrielle du Droit Commercial, 1953 NO. 5 p. 720 comment par Jean Hemard.

(٤٦) Cour d'appel de Paris, 12 nov. 1962,Dalloz Sirey 1963, Sommaire 25.

(٤٧) Cass. Com. 13 Juin 1978, Bull. Civ IV. no. 164 Cite par Guyenot, op. Cit., no 197, et s.mise a jour 1983 P. 72 et Paris 5 eme ch. 8 dec. 1978 cite par clement,op cit., 35.P. 45

(٤٨) وبشبه Prris, 5 eme ch. 19 nov. 1961, J.C.P. editon G. 1970. 2.16253. وانظر فى تأييد ذلك مرجع Business Law سابق الاشار اليه ، ص ٩٦٥ .

(٤٩) Cass. Soc 12 nov.1962, D.H 1963 Som. 25.

(٥٠) مع ذلك اذا اقام المتلقى الدليل على نسبة التعسف الى المانح كان له الحق فى الحصول على تعويضات تجبر ما لحقه من اضرار :

Cass, Com. 17 Apcil 1980 Affaire Societe CANOR C/ Societe VOLVO France

ومشار اليه فى :

Encyclopedie pratique de la Franchise Commerciale et Industrielle, op. cit. no. 142 p. 210

(٥١) Hemard et Bouloc, observations : Revue trimestiielle du droit Commercial.., 1988 (Precitees), no. 21 p. 123.

فاذا كان للعامل المفصول العودة الى عمله فان من حق متلقى الامتياز الحصول على تعويض جابر لما لحقه منضرر نتيجة عدم التجديد : مرجعGuyenot سابق الاشارة اليه ، رقم ١٩٥ . .
وانظر كذلك : Ph. Bessis,Op. Cit.No.85p. 83.

(٥٢) انظر الحكم الشهير الصادر فى دعوى Laporte ضدMobil Oil من محكمة باريس (الدائرة ١٥) فى ١٠ من يولية سنة ١٩٧٢ (غير منشور ومشار اليه فى Guyenot ، المرجع السابق ، رقم ٢٠٢ ص ١٦:١٧) .

وانظر كذلك نقض محكمة النقض لأحكام استئناف آخر حديث صادر من نفس المحكمة، ثبت بمقتضاه اصرار محكمة النقض على رفض حق متلقى الامتياز فى طلب التجديد واقتضاء التعويض من المانح اذا شاب رفضه للتجديد التعسف Cass, Com 6 janvier 1987, Bull. Civ. IV. no 7 p. 5.

(٥٣) Soc. 7 dec. 1960, Bull. Civ. IV. no. 1141 et 6 janv. 1961, J.C.P. 11 12000



(٥٤) وانظر فى التحفظ على هذا القضاء مرجع Guyenot سابق الاشارة اليه ، رقم ٢٠١ ص ١٦ .

(٥٥) ولهذه الاعتبارات ايضا اتجاه فقهى حالى ينادى بحق المتلقى فى تعويض نقدى يتلقاه نظير العملاء الذين يتمكن من جعلهم يلتفون حول المنشأة اثناء ادارته لها، من خلفه ويعد هذا التعويض بمثابة خلو رجل (Redevance de sortie de reseau) انظر فى ذلك .

Ph. Le Tourneau, Le Franchisage, article op, cit.(J.C.P. edition notarial), no. 89 p. 25

وننوه صاحب هذا الرأى بان الحق فى التعويض يثبت للمتلقى سواء اكان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة كما لا يؤثر على وجوده النص فى عقد الامتياز على التزام المتلقى بعدم المنافسة بعد انقضاء عقده (نفس المقال ، رقم ١٢٥ ص ٢٩) .

(٥٦) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٢٠٩

(٥٧) د. محمد شوقى السيد، نظرية التعسف فى استعمال الحق ، القاهرة عام ١٩٧٩ رقم٢٦٩.

(٥٨) الاستاذ الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون منشأة المعارف ، ط ٥ عام ١٩٧٤ رقم ٣٩٧ ص ٧٨١ وانظر عكس ذلك نقض مدنى فى ٤ من ابريل عام ١٩٨٥ طعن رقم ١٢٤٤ س ٤ق مشار اليه لدى المستشار عز الدين الديناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء نادى القضاة بالقاهرة عام ١٩٨٨، ص ١٢٩: ١٣٠ .

(٥٩) نقض مدنى فى ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ طعن رقم ١٣٣٧ س ٤٧ ق مشار اليه لدى الاستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ، ج١ القاهرة عام ١٩٨٥ ص ٨١ .

(٦٠) انظر الهامش السابق ويلاحظ ان الفرد الذى ينسب اليه العمل التعسفى هو صاحب حق فيستعمل حقه وهذا ما يميز العمل التعسفى عن العمل غير المشروع الذى لا يمكنه ربطه باى حق فيتم الاستعمال فى ظروف تضفى عليه صفة التعسف : الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، نظرية التعسف فى استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) ، دارسة مقارنة الطبعة الثالثة عام ١٩٧٨ ص ١٦٠ .

(٦١) كيره رقم ٢٠٤ ص ٧٩١ وزكى ، المرجع السابق رقم ٣٠٩ ص ١١٦٠: ١١٦١ .

(٦٢) كيره رقم ٣٠٩ ص ١١٥٦: ١١٥٧ ولا رقابة على محكمة الموضوع فى استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر مادام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى اليه من وقائع الدعوى (نقض مدنى: ١٥ من يناير عام ١٩٨٩ ، الطعن رقم ١٨٣ س ٥٥ق (غير منشور) و ٢٣ من فبراير سنة ١٩٨٩ الطعون ارقام ١٦٩٧ و ١٧٢٣ و ١٧٦٠ و ١٧٦٢ و ١٧٧٥ س ٥٥ ق (غير منشور) .



(٦٣) انظر الخلاف الفقهى بين اعتبار الخطأ البسيط او الاهمال او عدم الاحتياط ضوابط للتعسف فى الانهاء دون ارتباط بحالات التعسف الواردة فى القانون لأن المسئولية عن الانهاء مسئولية عقدية وليست تقصيرية (زكى رقم ٢٩٦ ص ١٠٧٢) واعتبار فكرة التعسف اوسع نطاقا من فكرة الخطأ (كيره رقم ٣٨٥ ص ٧٧٢:٧٧١) - واحكام القضاء المصرى غير ثابتة فى هذا الشأن فتارة تلجأ الى نظرية التعسف وتارة اخرى تلجأ إلى قواعد المسئولية التقصيرية : انظر تطبيقا قضائيا للفكرة الاخيرة فى مجال عقد النقل البحرى : ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ رقم ٩٥ ص ٦٤٢ وتطبيق آخر فى مجال عقد السمسرة : ٩ من فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفنى س ١٨ رقم ٥٢ ص ٣٣٤ وانظر فى عرض ذلك : عبد الصبور رقم ٢٨٧ ص ٣٩٣:٣٩٢ ويرجع البعض ندرة الاجتهاد القضائى فى مجال التعسف الى تعدد التطبيقات التشريعية (كيره رقم ٣٩١ ص ٨٠٣) .

(٦٤) وبديهى ان تطبيق نظرية التعسف بواسطة القضاء المصرى ليس متوقفا على القانون الواجب التطبيق لان تطبيقها متعلق بالنظام العام فى مصر ومقتضى ذلك ان ينسحب سلطان القانون الاجنبى واجب التطبيق، ،تحل محله القانون المصرى كلما تعلق الامر بتعسف فى استعمال الحق .

(٦٥) وهوما يعبر عنه البعض بوجود علاقة قائمة على الثقة المتبادلة شبيهة بالعلاقات القائمة بين الشركاء المستندة الى نية المشاركة(Affectio socitatis) واجبة الوجود فى كل جماعة يجمعها رباط المصلحة (انظر مرجع Guyenot، سابق الاشارة اليه رقم ١٩٤ ص ١٦ وما بعدها) وكذلك :

J. Threard, Le concessionnaire doit- il sollicter la protection du legislateur, Revue trimestrielle du droit commercial,1972 p. 537 .

(٦٦) احتراما لذلك ينص القانون البلجيكى الصادر فى ٢٧ من يولية سنة ١٩٦١ المعدل بقانون صادر فى ١٣ من ابريل سنة ١٩٧١ على انه لا يجوز انهاء عقد احتكار الا باخطار له مدة معقولة علاوة على سداد مبلغ يحدده الاطراف على سبيل التعويض ، انظر فى شرح ذلك :

Jean Guyenot, op. cit., no. 197 p. 16

(٦٧) ننوه هنا بالمادة ٢١٧ من القانون المدنى المصرى تبطل الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى اذا كان ذلك ناشئا عن غشه او خطئه الجسيم ابطالها لأى شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع .

(٦٨) ويكون للدائن الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية اذا ترتب على الاخلال بتنفيذ التزام عقد المساس بسلامته المادية او المعنوية او الاعتداء على امواله (الاستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، القاهرة عام ٧٨ رقم ٢٣٧ ص ٤٥٨ .

حقوق الانسان أمام القضاء فى الاسلام

للسيد المستشار/ البشرى محمد الشوربجى
بمحكمة النقض

تُجمل حقوق الانسان ، التى نادى بها الاعلان العالمى لحقوق الانسان منذ أربعين عاما[1] فى أن لكل فرد الحق فى الحرية والمساواة ، والحق فى الحياة وفى سلامة شخصه من الرق والتعذيب والمعاملة القاسية ، وفى التملك والضمانة الاجتماعية ، والعمل ، والتعليم ، ومستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته .

ونقصر تقريرنا هذا على حقوق الانسان أمام السلطة القضائية (متهما أو صاحب دعوى أو مسؤولاً عن التزامات أو مطالبا بحقوق) .

وفى هذا نصت المادة الثامنة من الاعلان العالمى على أن لكل شخص الحق فى أن يلجأ الى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التى يمنحها إياه القانون . ونصت المادة العاشرة على أن لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين ، فى أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنيا للفصل فى حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه . ونصت المادة الحادية عشرة على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا الى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه ، ولا يُدان أى شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا للقانون الوطنى أو الدولى وقت الارتكاب ، ولا تُوقع عليه عقوبة أشد من تلك التى كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة .

ولقد أرسى الإسلام منذ أربعة عشر قرنا حقوقا للإنسان فى احترام حريته وكرامته التى حباه الله إيّاها والتى تتفق مع كونه خليفة الله فى الأرض، وحقوقا فى المساواة والعدالة، والملكية والتكافل الاجتماعى ، فضلا عن الحق فى سلامة حياته وحمايتها ، وحماية عرضه وماله وسمعته وخصوصياته ، وحماية الحريات الكفيلة بضمان حقوقه الطبيعية الفطرية ، وغيرها . وقد صدر البيان العالمى عن حقوق الانسان فى الاسلام ، فى باريس سنة ١٩٨١، عن المجلس الاسلامى الدولى ، وهو يتضمن هذه الحقوق والحريات ، مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

تكييف حقوق الإنسان فى الإسلام وحكمها الشرعى :

إن حقوق الإنسان فروض وواجبات شرعية. فمن أنواع الحكم الشرعى فى الاسلام كون الفعل فرضا أو واجبا ، وهو ما يُطلب من المكلف على

طريق الحتم والايجاب ، ويستحق العذاب على تركه[٢] ،ويختلف عن النقل والندب والتطوع ، لأن الإخلال به حرام . وتأخذ حقوق الإنسان حكم الفرض والواجب . بل يذهب البعض إلى أنها ضروريات - وهى أعلى درجات المصالح - وتحميها حدوده ، وإلى أنها حرمات تدخل فى حمى الله تعالى.

إن حقوق الإنسان فى الإسلام شرعها الخالق سبحانه، فليس لبشر أيا كان أن يعطلها أو يعتدى عليها ، ولها حصانة ذاتية لا تسقط بإرادة الفرد تنازلا عنها ، ولا بإرادة المجتمع ممثلا فيما يقيمه من مؤسسات أيا كانت طبيعتها أو سلطتها[٣] . فهى ليست منحة من حاكم «وهى بهذا الوضع حقوق أبدية» لا تقبل حذفا ولا تعديلاً ولا نسخاً ولا تعطيلا»[٤] .

فالحكم الشرعى لهذه الحقوق إذن هو أنها ليست «مجرد حقوق» لكنها ضرورات فطرية للانسان من حيث هو إنسان ، والاسلام دين الفطرة فمن الطبيعى أن يكون الكافل لتحقيقها. فقد بلغ الاسلام فى الايمان بالانسان وفى تقديس حقوقه الى الحد الذى تجاوز بها مرتبة الحقوق عندما اعتبرها ضرورات ومن ثم أدخلها فى إطار «الواجبات» فهى ضرورات واجبة للإنسان ، لا يصح تنازله عنها ، بل إنها واجبة عليه أيضا لتصح حياته كما أرادها الله، ولتحقق مهام خلافته ، فالحفاظ عليها ليس مجرد حق للانسان بل هو واجب عليه يأثم بالتفريط فيه[٥] .

ومن الباحثين من ذهب - إلى تكييف حقوق الانسان بعبارة اخرى بأنها «حرمات» فإن الله هو الذى تفضل بها على الانسان ، وإنها لأعز على الله من بيوته ، فحمايتها وصونها والذود عنها قربى لله ، فما من حق للعباد إلا ولله فيه حق، ومن هنا تتأتى لها حماية وقدسية لا تتوافر فى نظريات الغرب عن حقوق الإنسان[٦] .

ففى الحديث قوله ﷺ : « والله لحرمة المؤمن اعظم عند الله من حرمة بيته المحرم » (متفق عليه). وفى حجة الوداع قال عليه الصلاة والسلام: «أيها الناس إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم الى أن تلقوا ربكم ».

وذكر الباحث حماية أخرى لهذه الحقوق ، بقوله إن الحق يحميه الواجب وما من حق الا ويقابله واجب، وأهم حقوق الإنسان كذلك «حدوده» وهى أعلى درجات العقوبة فى الاسلام فضلا عما يمكن أن يكون من تعزيز ، حماية لهذه الحقوق ولسائر حقوق الانسان فى الإسلام[٧]. وهكذا تميزت النظرة الاسلامية الى حقوق الانسان عن النظرة الماضية، وعن أبلغ ماوصل اليه الفكر الإنسانى إذ عرفت حقوق الانسان لا كمجرد «حقوق» وإنما «كفرائض إلهية وواجبات شرعية لا يجوز لصاحبها - الانسان - أن يتنازل عنها أو يفرط فيها وإلا كان آثماً»[٨]، وبلغ حكم الإسلام فى حماية حقوق الانسان أن هذه الحقوق محوطة فيه بحماية الله تعالى فهى من محارم الله ، وحماية الضمائر وحماية المجتمع فى صورة التكافل السياسى والاجتماعى، وحماية الدولة فى صورة الحدود والتعازير على الإخلال بها[٩].

حقوق الانسان أمام القضاء

إن حقوق الإنسان أمام القاضى فى الاسلام تتمثل - إجمالا - فى حقه فى العدالة ،

وفى محاكمة عادلة ، وهو ما يمكن أن يعبر عنه النصان الرابع والخامس من البيان الإسلامى العالمى لحقوق الإنسان، وفحواهما الآتى :

«٤ – **حق العدالة : (أ)** من حق كل فرد أن يتحاكم الى الشريعة وأن يحاكم اليها دون سواها : ﴿ فإن تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول ﴾[١٠] ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾[١١] .

(ب) من حق الفرد أن يدفع عن نفسه ما يلحقه من ظلم : ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾[١٢] ومن واجبه أن يدفع الظلم عن غيره بما يملك : «لينصر الرجل أخاه ظالما أو مظلوما: إن كان ظالما فلينهه وإن كان مظلوما فلينصره»[١٣]. ومن حق الفرد أن يلجأ الى سلطة شرعية تحميه وتنصفه وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم ، وعلى الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيدتها واستقلالها: «إنما الامام جُنة يقاتل من ورائه ويُحتمى به»[١٤].

(جـ) من حق الفرد – ومن واجبه – أن يدافع عن حق أى فرد آخر ، وعن حق الجماعة حسبة – «ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها»[١٥] أى يتطوع بها حسبة دون طلب من أحد.

(د) لا تجوز مصادرة حق الفرد فى الدفاع عن نفسه تحت أى مسوغ «إن لصاحب الحق مقالا»[١٦]. «إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»[١٧].

٥ – **حق الفرد فى محاكمة عادلة : (أ)** البراءة هى الأصل: «كل أمتى معافى إلا المجاهرين»[١٨]. وهذا الأصل مستصحب ومستمر حتى مع اتهام الشخص ما لم تثبت إدانته أمام محكمة عادلة إدانة نهائية .

(ب) لا تجريم إلا بنص شرعى: ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾[١٩]. ولا يعذر مسلم بالجهل بما هو معلوم من الدين بالضرورة ولكنه ينظر الى جهله ، متى ثبت، على أنه شبهة تُدرأ بها الحدود فحسب .

(جـ) لا يحكم بتجريم شخص ولا يعاقب على جرم الا بعد ثبوت ارتكابه له بأدلة لا تقبل المراجعة أمام محكمة ذات طبيعة قضائية كاملة :

﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾[٢٠]. ﴿ وإن الظن لا يغنى من الحق شيئا ﴾[٢١] .

(د) لا يجوز بحال – تجاوز العقوبة التى قدرتها الشريعة للجريمة : ﴿ تلك حدود الله فلا تعتدوها ﴾[٢٢]. ومن مبادىء الشريعة مراعاة الظروف والملابسات التى ارتكبت فيها الجريمة درءاً للحدود: «ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله»[٢٣].

(هـ) لا يؤخذ إنسان بجريرة غيره: ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾[٢٤]. وكل إنسان مستقل بمسؤوليته عن أفعاله : ﴿ كل امرىء بما كسب رهين ﴾[٢٥]. ولا يجوز بحال أن تمتد المساءلة الى ذويه من أهل وأقارب أو اتباع وأصدقاء: ﴿ معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده إنا إذاً لظالمون ﴾[٢٦]» . انتهى ما أردنا نقله من البيان الاسلامى العالمى لحقوق الانسان[٢٧].

قيمة العدل ضمن حقوق الانسان فى الاسلام

إن «العدل» من أسماء الله الحسنى ، وصفة من صفاته سبحانه وتعالى . ويحفل الاسلام بالأمر بالعدل أمرا عاما شاملا دون تخصيص بنوع دون نوع أو طائفة دون طائفة ، لأن العدل نظام الله وشرعه، والناس عباده وخلقه يستوون أبيضهم وأسودهم ، ذكرهم وأنثاهم ، مسلمهم وغير مسلمهم أمام عدله وحكمه[٢٨] . والظلم ظلمات يوم القيامة»[٢٩]. إضافة الى أنه يفسد شؤون الدين والدنيا، «والمقسطون عند الله يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن عز وجل ، وكلتا يديه يمين ، الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم وما ولوا»[٣٠]. ويقول تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعما يعظكم به ، إن الله كان سميعا بصيرا ﴾[٣١]. ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط، ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله ، إن الله خبير بما تعملون ﴾[٣٢]. ﴿ وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى ﴾[٣٣].

والعدل واجب على الكافة تجاه الكافة ، ومن ثم كان الظلم حراما على الجميع، إزاء الجميع[٣٤]. وفى حديث قدسى يقول تعالى: «إنى حرمت على نفسي الظلم وعلى عبادى - ألا فلا تظالموا»[٣٥]. ﴿ إن الله لا يظلم مثقال ذرة ﴾[٣٦] وما أشد عقاب الظالم على ظلمه يوم القيامة: ﴿ ولو أن للذين ظلموا ما فى الأرض جميعا ومثله معه لافتدوا به من سوء العذاب يوم القيامة وبدا لهم من الله ما لم يكونوا يحتسبون ﴾[٣٧].

والعدل هو الحق وهو نقيض الظلم. يقول الإمام ابن تيمية إن حق المظلوم لا يسقط باستغفار الظالم لا فى قتل النفس ولا فى سائر مظالم العباد[٣٨]، وفى الحديث الشريف : «يؤتى بالقاضى العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين فى تمرة قط» (رواه أبو داود عن عائشة رضى الله عنهما).

ولكل ذلك كان العدل حقا من حقوق الانسان بلغ مرتبة الفريضة الواجبة ، وحقوق الانسان لدى القضاء هى واجبات على القضاة والولاة.

عناصر المحاكمة العادلة

وأما حق الانسان فى محاكمة عادلة ، فقد جمع عناصره ومقتضياته كتاب «الفاروق» عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى القاضى أبى موسى الأشعرى ، ونصه:

«أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة ، وسُنة متبعة . فافهم إذا أدلى اليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له .

آس بين الناس فى مجلسك وفى وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا.

« ومن أدعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمداً ينتهى اليه ، فإن بيّنه أعطيته بحقه وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ فى العذر وأجلى للعماء .

ولا يمنعك قضاء قضيت

فيه اليوم فراجعت فيه رأيك ، فهُديت فيه الى رشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل.

والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور أو مجلودا فى حد أو ظنينا فى ولاء أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود الا بالبينات والأيمان.

ثم الفهم الفهم فيما أدلى اليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الامثال، ثم اعمد فيما ترى الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق.

وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنكر عند الخصومة (أو الخصوم) ، فإن القضاء فى مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر . فمن خلصت نيته فى الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس فى نفسه شأنه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد الا ما كان خالصا، فما ظنك بثواب عند الله فى عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام عليك ورحمة الله»[٣٩].

يقول الإمام ابن القيم: هذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم (القاضى) والمفتى أحوج شيء اليه وإلى تأمله والتفقه فيه»، ثم شرحه ابن القيم شرحاً وافيا فى جزءين من كتابه «اعلام الموقعين»[٤٠]. ونقل ابن فرحون فى كتابه «تبصرة الحكام» عن ابن سهل قوله: «وهذه الرسالة أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعانى الأحكام وعليها احتذى قضاة الاسلام وقد ذكرها كثير من العلماء وصدَّروا بها كتبهم»[٤١]. وقال الشيخ محمد الخضرى إن هذا الكتاب اتخذه جمهور من قضاة المسلمين أساسا لنظاماتهم القضائية، وهو جدير بذلك[٤٢].

وقال الاستاذ حافظ سابق (النائب العام المصرى الأسبق) إن رسالة عمر بن الخطاب هذه تضمنت المبادىء الأساسية فى القضاء وطرق التقاضى وصفات القاضى وأدبه، وهى تصلح دستورا للقضاء فى كل عهد وزمن ، ويجب أن يقوم على أساسها كل تشريع حديث . وقد استنبطها عمر من كتاب الله وسنة رسوله وما هداه اليه صفاء قلبه ونقاء معدنه وفهمه لمعنى العدالة والظلم[٤٣]. وجاء فى كتاب النظم الاسلامية: كان عمر أول من عين قضاة فى الولايات الاسلامية ، وقد سنَّ لهم دستورا يسيرون على هديه فى الاحكام . ويعتبر هذا الكتاب الذى بعث به عمر الى أبى موسى الأشعرى وغيره من القضاة، أساسا للقضاء فى الاسلام[٤٤].

وقال جوستاف جروينباوم إن هذه الرسالة جمعت كل ما كان المسلمون يعدونه المثل الأعلى فى تعريف شؤون القضاء وإجراءاته[٤٥]. وعندى أن هذه الرسالة إنما تقرر حقوقا للانسان أمام القضاء، توجبها على القضاة ، فضلا عما فيها من آداب ومبادىء للاجراءات القضائية فى الاسلام.

وثمة نصوص أخرى تسجل للانسان حقوقا فى موقفه أمام القضاء ، وتوجب هذه الحقوق على الوالى فى اختياره للقضاة وعلى القاضى فى الحكم بين الناس ، منها ما

ورد فى كتاب الامام على كرّم الله وجهه الى الاشتر النخعى واليه على مصر : «..... ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ، ممن لا تضيق به الأمور ولا تمحكه الخصوم (أى لا تحمله مخاصمة الخصوم على اللجاج والإصرار على رأيه) ولا يتمادى فى الزلة ولا يحصر من الفيء الى الحق إذا عرفه (أى لا يضيق صدره عن الرجوع الى الحق) ولا تشرف نفسه على طمع ولا يكتفى بأدنى فهم دون أقصاه ، وأوقفهم فى الشبهات وآخذهم بالحجج ، وأقلهم تبرما بمراجعة الخصم ، وأصبرهم على تكشف الأمور وأصرمهم عند اتضاح الحكم ، ممن لا يزدهيه إطراء ولا يستميله إغراء، وأولئك قليل ، ثم أكثر تعاهد قضائه وافسح له فى البذل ما يزيل علته وتقل معه حاجته الى الناس، واعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك ليأمن بذلك اغتيال الرجال له عندك .....»(٤٦) .

وكان كرم الله وجهه قد كتب الى محمد بن أبى بكر حين قلده مصر أيضا يوصيه: «فاخفض لهم جناحك وألن لهم جانبك وابسط لهم وجهك وآس بينهم فى اللحظة والنظرة حتى لا يطمع العظماء فى حيفك لهم ولا ييأس الضعفاء من عدلك عليهم»(٤٧).

تشير النقول التى أوردناها آنفا الى ما يكفل حق الانسان فى المحاكمة العادلة من ضمانات وموجبات، ومنها واجب القاضى فى التسوية بين الخصمين، وإفساحه لحق الدفاع وإعماله لأصل البراءة (البينة على المدعى)، وواجبه فى التثبت قبل الحكم ، فضلا عن واجب الوالى (السلطان أو الأمير أو الدولة الاسلامية) فى اختيار قضاة مجتهدين مستقلين يرعون حقوق المتقاضين فى العدالة والمساواة حق رعايتها . ونفصل القول فى هذه الموجبات أو الحقوق المتفرعة عن حق العدل والمحاكمة العادلة.

حق التسوية بين الخصوم

إن المساواة مبدأ عام وأساسى فى النظام الاسلامى ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ، وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله اتقاكم ، إن الله عليم خبير ﴾(٤٨)، ولقول رسول الله ﷺ فى حجة الوداع : «أيها الناس إن ربكم واحد وإن أباكم واحد كلكم لآدم وآدم من تراب . إن أكرمكم عند الله أتقاكم . لا فضل لعربى على أعجمى إلا بالتقوى». ويحفل تاريخ الحضارة الإسلامية بتطبيقات مبهرة لا حصر لها لهذا المبدأ الذى يخضع له الأمراء مثلما يخضع المحكومون ويتمتع به المسلمون وغير المسلمين(٤٩).

وفى الفقه الدستورى أن المساواة تمثل حجر الزاوية لكل حقوق الانسان ، وهى كذلك الضمانة الرئيسية والفعالة ليعيش الانسان حياته كريما(٥٠)، وهى عنوان الكرامة الآدمية والاخاء العام بين كافة البشر. وحاجة المتقاضين الى الشعور بها امام القاضى أشد من حاجة غيرهم . وقد بين كتاب عمر أن المساواة بين الناس فى مجلس القضاء وفى وجه القاضى وقضائه واجبة على القاضى حتى لا يطمع شريف فى حيفه ولا ييأس ضعيف من عدله . يقول الإمام ابن القيم تعليقا على ذلك من كتاب عمر : «إذا عدل الحاكم

(القاضى) فى هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله فى الحكومة ، فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس والاقبال عليه والبشاشة له والنظر اليه كان عنوان حيفه وظلمه ، وفى تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكرام مفسدتان: أحداهما طمعه فى أن تكون الحكومة (أى الحكم أو الفصل فى القضية) له فيقوى قلبه وجنانه ، والثانية أن الآخر ييأس من عدله ويضعف قلبه وتنكسر حجته»[٥٢]. وإذا كان من مقتضى المساواة التسوية بين الخصوم حتى فى اللحظة والنظرة فى مجلس القضاء، فإن من مقتضاه كذلك ترتيب نظر القضايا حسب أولوية حضور الخصوم . ولا يجوز للقاضى أن يقدم نظر دعوى فى غير دورها لحسب خصم أو دينه أو جنسه أو لغير ذلك ، إلا فى حالتين ، أولاهما: أن يكون أحد الخصوم غريبا عن البلد محل دار القضاء حتى لا يقلق ويترك حقه (كما ورد فى كتاب عمر لأبى عبيدة).

والثانية: جواز تقديم القضية التى حضر شهودها لأن تأخيرها قد يلحق ضررا بالشهود . والقاعدة أنه ﴿ ولا يضار كاتب ولا شهيد ﴾[٥٣]. وفى الحديث الشريف : «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم»[٥٤].

حق الدفاع وضماناته:

إن ولاية القاضى مقصودها إيصال الحقوق إلى أربابها، فيتعين عليه أن يفسح صدره للدفاع لكل من الخصوم على سواء، دون غضب ولا قلق ولا ضجر ولا تأذ الى آخر ما نُهى عنه القاضى فى الاسلام . فإن حق الدفاع حق أصيل ينشأ منذ اللحظة التى يواجه فيها الشخص بالاتهام ، ويقصد بهذا الحق تمكين الشخص من درء الاتهام عن نفسه إما بإثبات فساد دليله أو بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة ، والاتهام بطبيعته يقتضى الدفاع فهو ضرورة منطقية له. فهو من المسلمات فى الشريعة الاسلامية لأنه من لوازم الاتهام ، وفى حديث الرسول ﷺ لعلى بن أبى طالب كرم الله وجهه « .... إذا أتاك الخصمان فلا تقضين لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى يتبين لك القضاء، وتعلم لمن الحق»[٥٥]، وفى كتاب عمر لأبى عبيدة رضى الله عنهما «إذا حضرك الخصمان فعليك بالبينات العدول والايمان القاطعة، ثم ادن للضعيف حتى تبسط لسانه يجترىء قلبه»[٥٦] وفى نصيحة الخليفة عمر بن عبد العزيز الى بعض القضاة قوله : «إذا أتاك الخصم وقد فقئت عينه فلا تحكم له حتى يأتى خصمه فلعله قد فقئت عيناه جميعا» . والرأى متفق فى الفقه الاسلامى على أن تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه هو من الشرع فلا يجوز لأى سبب حرمان المتهم من هذا الحق. وفقهاء الشريعة متفقون على أن إعلام المدعى عليه بما يطلب خصمه الحكم به عليه واجب ليمارس المتهم حقه فى الدفاع عن نفسه ، وذلك فى الدعاوى المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية، فهو أوجب فى الدعاوى الجنائية[٥٧].

ويشترط أن يكون المتهم قادرا للدفاع عن نفسه فإن كان عاجزا عن ذلك لم تصح ادانته لأن العجز عن الدفاع كالحرمان منه. وقد بلغ تشدد فقهاء الشريعة فى ذلك ما لم يبلغه المعاصرون من فقهاء القانون الوضعى. فالأحناف

يمنعون عقاب الاخرس فى الجرائم الخطيرة ولو اكتمل نصاب الشهادة ضده، وحجتهم أنه لو كان ناطقا فربما ادعى شبهة تدرأ الحد عنه لأنه لا يقدر على إظهار كل ما فى نفسه بالاشارة، فلو أقيم عليه الحد لم يكن ذلك عدلاً، لتمكن الشبهة[٥٨].

وقد ورد فى المبادىء الأساسية للدولة الاسلامية[٥٩] أنه لا يعاقب أحد على ذنب أو جريمة الا بعد أن يسمح له بالدفاع عن نفسه وتخكم عليه المحكمة.

المحاماة جائزة شرعا

ذهب رأى إلى الغاء حرفة المحاماة،بحجة أنها أكبر معايب النظام الحاضر للمحكمة،ولا يمكن أن تقال أية كلمة فى تبزير بقائها من الوجهة الخلقية،وأنها مما يأبى مزاج الاسلام وجوده إباء شديدا[٦٠]. وناصر هذا الرأى آخر[٦١] بقوله: إن النيابة فى دفع الحد وجلب الحماية للمتهم أمر لا تقره الشريعة، وإن وكيل الخصومة شفيع ولا شفاعة فى الحدود، ولا يسمح الاسلام بالدفاع واختراع الحيل لدفع الحد. وان المحاماة حرفة مراوغة لا يباح احترافها ولا تجيزها أصول الشريعة ولا تتفق مع مصالح العباد، وإن أجر المحامى هو للنزاع والشجار وإغاظة المسلم على أخيه المسلم.

والصحيح أن المحاماة أو الوكالة بالخصومة هى فى حقيقتها مهنة دفاع عن الحق، وبغير مساعدة المحامين قد يغم الأمر على القضاء وتضيع حقوق الناس. فالمحاماة جائزة فى كل القضايا بل واجبة فى الخطير منها لا على أنها شفاعة،إنما لأنها تساعد القاضى فى تبين وجه الحق فى كل أطراف الموضوع. وقد لا يلم المتهم بشروط العقاب وأحكامه الشرعية فلا بد له من مدافع يساعده فى بيان وجه الحق، وقد يثبت المحامى خطأ الادعاء بما يسقط الحد شرعاً، وهذا من عدل الشريعة الاسلامية وضمانات القضاء فى الاسلام. فإن من أهم حقوق الانسان حقه فى الدفاع عن نفسه سواء بنفسه أو بوكيل عنه[٦٢]. وحاجة الناس الى وكلاء الخصومة والمحامين لا تنكر، وليس كل الناس يستطيعون الدفاع عن أنفسهم. فأجاز الفقهاء التوكيل بالخصومة لحاجة الناس اليها واستنادا لبعض الآثار التى تفيد حصوله فى عصر الصحابة. روى البيهقى عن عبد الله بن جعفر: «كان على- كرم الله وجهه - يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب،فلما كبر وكلنى»[٦٣]. بيد أنه لا يجوز لوكيل الخصومة أو المحامى أن يدافع عن المبطل للحديث: «من أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله».ولا يجوز لأحد أن يخاصم عن غير فى اثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمره، وكذلك لو ظن ظلم موكله لم يجز له أن يتوكل عنه إجراء للظن مجرى العلم[٦٤].

وفى الحديث الشريف: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون الى،فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له بنحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه (رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن)[٦٥]. وقد رأى البعض فى هذا الحديث إشارة الى جواز استعانة العيى بمن يحسن بسط حجته والمضطرب بمن هو أثبت منه نفسا واصفى فكراً ليواجه خصمه ويفند حججه ويعصم القاضى من

الحكم الباطل ويعينه على تحقيق رسالته وهى الكشف عـن الحقيقـة وامضاء العدل(٦٦).

وفى الحديث الشريف: «لن تقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيها حقه من القوى غير متعتع»(٦٧) أى غير متردد بسبب الخوف أو العجز عن الدفاع.

وهكذا صرح الفقهاء بجواز التوكيل فى الخصومة ولم يقصروا الحكم على الخصومة المدنية وحدها بل صرفوه كذلك الى الخصومة الجنائية. فنصوا على جواز الوكالة فى اثبات الاتهام سواء تعلق بحد أو قصاص أو تعزير، وهو ما يقتضى اجازة الوكالة فى درء الاتهام من باب أولى، لأن الحاجة الى الوكالة فى الدرء أمس لما يعترى المتهم من عى أو اضطراب يعجزه عـن إحسان الدفاع عن نفسه.ومن الواجب التيسير على المتهم بل التوسعة فى مقام الدفاع(٦٨).

حق اتخاذ مترجم للدفاع

ومما ييسر الوفاء للانسان بحق الدفاع ما أجازه الفقهاء للقاضى أن يتخذ مترجما إذا كان أحد الخصوم لا يعرف العربية،فـإذا كـان القـاضى يعرف لسان الأعجمى فلا يحتاج الـى ترجمـان،ورأى الأحناف والمالكية أن الترجمة خبـر لا يتـطلب عـدداً (كالشهـادة)، وأن المترجـم مخبر فتقبل فيها ترجمة الواحد إذا كان عدلاً، لذلك جازت ترجمة الأعمى وإن لم تقبل شهادته، فلا يشترط فيها ما يشترط فى الشهادة(٦٩).

علنيـة جلسات القـاضى وتيسير الوصول اليها

ومما يتصل بضمان حق الانسان فى الدفاع،توفر العلنية فى مجلس القضاء وسهولة اللجوء اليه. يقول آدم ميتز فى كتاب الحضارة الاسلاميـة: كانت جلسات القاضى علنية، وكان القاضى يجلس فى مكان لا يمنع واحد من الدخول اليه، وهو المسجد الجامع،أو مجلس يشرف على الطريق(٧٠).

وذهب الامام الشافعى الى ضرورة القضاء فى موضع بارز للناس بدرجة لا تحوج الخصوم الى الاستئذان على القاضى وأن يكون المكان فسيحا ترتاح فيه النفوس ولا يسرع فيـه الملل، فخيـر المجالس ما سافر فيه البصر واتدع فيه الجسد. ويجب أن يختص القاضى فى المجلس بمقعد ووسادة لا يشاركه غيره فيهما وليكن جلوسه فى صدر مجلسه ليعرفه الداخل عليه ببديهة النظر(٧١).

تسجيل الدعـوى وتدويـن الأحكام

ومما يكفل حقوق الانسان المتقاضى كذلك ما عرفته الحضارة الاسلامية فى نظام القضاء من ضرورة تدوين الاحكام دفعا للنكران،فضلا عن تدوين محضر، وسجل يتضمن حكاية الحال والحكم الصادر فيها واجراءات نظرها وتاريخ الحكم والتنفيذ. ويكون السجل من نسختين عليهما علامة القاضى بخطه (توقيعه) تسلم إحداهما للمحكوم لـه وتوضع الأخرى فى ديوانه للحاجة(٧٢).وتحفل كتب آداب القاضى بتفاصيل مفيدة فى هذا الشأن(٧٣).

الحق فى إعمال أصل البراءة

ومما ييسر حق الدفاع على الانسان فى الاسلام احترام القاعدة الاسلامية التى تقرر أن الأصل براءة الذمة،فعلـى القاضى إعمالها فيما يطرح عليه من خصومات ودعاوى، وذلك لقـول الـرسول ﷺ:«البينة على المدعـى» ولزوم اشتراط اليقين فـى

الاثبات الجنائى لقاعدة أن اليقين لا يزول بالشك، ولدرء الحدود بالشبهات[٧٤]. فمن أدلة الفقه أن لا يرفع يقين بشك، ومما ينبنى على هذه القاعدة أن المدعى عليه فى باب الدعاوى لا يطالب بحجة على براءة ذمته بل القول فى الانكار قوله بيمينه[٧٥] والحديث الشريف: «ادرأوا الحدود بالشبهات ما استطعتم، والخطأ فى العفو خير من الخطأ فى العقوبة»[٧٦].

ويقول الماوردى إن للجرائم عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية ولها عند ثبوتها وصحتها حال استيفاء توجيه الأحكام الشرعية[٧٧].

وجوب التثبت والتحقيق قبل الحكم

ومن حق الانسان على القضاء ألا يبغته بالحكم عليه قبل سماع دفاعه وتحقيق الادلة المقامة ضده والتثبت من صحة ما أسند اليه، وهذا الحق من أوجب الواجبات على القاضى ولا ينفك عن احترام حق الدفاع واحترام أصل البراءة المشار اليهما آنفا.

وفى ذلك تفصيل واسع فى كتب الفقه وآداب القضاء والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين ﴾[٧٨]. وقوله: ﴿ وإذا ضربتم فى سبيل الله فتبينوا ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلام لست مؤمنا ﴾[٧٩].

قال الشافعى رضى الله عنه (٢٠٤ هـ) فى كتاب أحكام القرآن[٨٠] تفسيرا لذلك فى باب القضايا والشهادات: «إن الله جل ثناؤه أمر من يمضى أمره على أحد من عباده أن يكون مستثبتاً قبل أن يمضيه، ثم أمر فى الحكم خاصة أن لا يحكم الحاكم (القاضى) وهو غضبان لأن الغضب مخوف على أمرين: أحدهما قلة التثبت، والآخر أن الغضب قد يتغير معه العقل ويتقدم به صاحبه على ما لم يكن يتقدم عليه لو لم يغضب».

وفى الحديث: «لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه (رواه الترمذى عن ابن عباس)[٨١]. ولأن الظن لا يغنى من الحق شيئا، يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «الظن يخطىء ويصيب»، «إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث»[٨٢].

ومن أصول التثبت والتبين الواجبين حتى عند الاقرار بالدعوى ما ورد فى سنة الرسول ﷺ، فقد جاءه رجل يعترف بالزنا ويكرر اعترافه، فسأل ﷺ: هل به جنون أو هو شارب خمر ؟ وأمر من يشم رائحته لاستكناه ذلك، وجعل يستفسره عن الزنا فقال له: لعلك قبلت أو غمزت، وفى رواية هل صاحبتها ؟ قال: نعم. قال: فهل باشرتها ؟ قال: نعم. قال: هل جامعتها ؟ قال: نعم. وفى حديث ابن عباس (أواقعتها؟) قال: نعم. قال: دخل ذلك منك فى ذلك منها؟ قال: نعم. قال: كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر ؟ قال: نعم. قال: أتدرى ما الزنا؟ قال: نعم. أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا. قال: فما تريد بهذا القول ؟ قال: تطهرنى. فأمر به فرجم. وهكذا يلزم القاضى أن يناقش المقر فى اقراره بل يندب له أن يلقنه الرجوع عن الاقرار وخاصة فى جرائم الحدود[٨٣].

ويجب على القاضى التثبت

من عدالة الشهود كذلك، وقد عرف قضاة الاسلام معاونا للقاضي يسمى «صاحب المسائل» يسأل عن الشهود ويتحرى عن عدالتهم كما ذكر آدم ميتز[٨٤]. أما شهادة الشخص المجهول فلا تقبل في مجلس القضاء، شهد عند عمر رضى الله عنه رجل، فقال له عمر : لست أعرفك ، ولا يضرك ألا أعرفك، ائت بمن يعرفك ، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه. قال عمر: بأى شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل. قال: هو جارك الأدنى الذى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه؟ قال: لا. قال: فعاملته بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع؟ قال: لا. قال: فرافقك فى السفر الذى يستدل به على مكارم الأخلاق. قال: لا. قال: فلست تعرفه. ثم قال للرجل: ائت بمن يعرفك[٨٥].

وهذا التثبت فى القضاء واستقصاء الادلة قبل الحكم من شأنه أن ينفى شهادة الزور. وقد كان من ضمانات الحق فى القضاء الصحيح تجريم شهادة الزور واعتبارها من أكبر الكبائر لقوله تعالى : ﴿ واجتنبوا قول الزور ﴾[٨٦].

تيسير الطعن فى الاحكام ونقضها

ومما يكمل ضمان حق الدفاع وصحة الأحكام ويضمن من ثم وصول الحقوق الى أصحابها وهو مهمة القضاء، أنه يجب الرجوع الى الحق كلما تبين، وقد ورد فى كتاب عمر: «لا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شىء، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل»[٨٧].

وقد أجمع فقهاء المسلمين على أن الحكم الخطأ يستوجب الالغاء بما يتفق وأحكام الشريعة الغراء ، ويطلق على هذا الالغاء النقض بمعنى الابطال أو الحل. وهذا النقض يجوز للقاضى نفسه الذى أصدر الحكم عندما يتبين وجه الخطأ فيه كما يجوز لغيره من القضاة. وهو الغاء وجوبى يلتزم به القاضى عندما يستيقن البعد عن الحق فى قضائه ويفهم من ذلك أنه خلاف طريق الطعن بالنقض المعروف فى القانون الوضعى والذى يقصد به تقويم الاعوجاج القانونى فى الحكم المطعون وتوحيد فهم القضاة للقانون. كما يفهم من كتب الفقه الاسلامى أن طريق الطعن فى الأحكام طريق واحد فى الشريعة الاسلامية يسمى «نقضا» يستهدف الغاء الحكم ليتلاءم مع أحكامها، وهو طريق ليست له إجراءات معينة ولا يتقيد بمواعيد محددة، يضاف الى ذلك أن القاضى يلتزم - طبقا لأحكام الشريعة - بالغاء الحكم بدون طلب من ذوى الشأن أى بلا طعن متى استبان له وجه الخطأ فيه . فالشريعة الغراء تهدف الى اقرار العدل ولا شىء يحول دون ذلك فى نظرها[٨٨].

حق الإنسان فى وجود قاض مجتهد مستقل

إن الضمانة الأم لكافة حقوق الإنسان أمام القضاء تتحصل فى وجوب أن يوجد فى كل وقت قاض مجتهد ومستقل يلجأ اليه المتقاضون فيجدون فى مجلسه المساواة وفى قضائه التثبت والاجتهاد للوصول الى معرفة الحق والحكم به .

ولذا كان من أوجب الواجبات على الحاكم المسلم حين يختار قضاته أن يختارهم من أفضل الرعية ، على

الشروط التى وردت فى كتاب الإمام على رضى الله عنه الى واليه فى مصر، وأن يحترم ولايته فى القضاء وهى ولاية دينية ، فيكفل للقاضى تمام الاستقلال والإجلال . وقد قال عمر بن الخطاب: «ما من أمير استقضى قاضيا محاباة إلا كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم، وإن استقصاه لمصلحة المسلمين كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شىء مما عمل من معصية»(٨٩).

وكان من أوجب الواجبات على القاضى أن يجتهد فى معرفة أسرار التشريع وأحكامه لا يقلد غيره فى تفسير أو تأويل(٩٠). وجمهور الفقهاء على أنه يشترط فى القاضى أهلية الاجتهاد بالقدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، وقال أبو يعلى: «من لم يكن من أهل الاجتهاد لم يجز له أن يفتى ولا يقضى، وإن قلد القضاء كان حكمه باطلا وإن وافق الصواب لعدم الشرط»(٩١). وشرط الأحناف أن لا يولى القضاء إلا الموثوق فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسُنة والاثار ووجوه الفقه ، ولا يولى صاحب رأى ليس له علم بالسنة والأحاديث، ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه(٩٢).

تقرير مسؤولية القضاة عن أعمالهم

ومن ضمانات هذا الحق ذاته - حق الإنسان فى وجود قاض مجتهد متثبت مستقل - ان الشريعة الاسلامية أوجبت تعاهد قضائه ، أى أوجبت كثرة مراجعة أعماله وفحصها ، وأوجبت الإفساح له فى البذل بما يزيل علته وتقل معه حاجته الى الناس ، على نحو ما ورد فى كتاب الإمام على الى واليه فى مصر.

وكان القضاة فى الاسلام يتمتعون برفع المنزلة وعظيم الهيبة - كما يقول آدم ميتز وجوستاف جروينباوم(٩٣). ويذكر أبو يعلى أن الإمام متى ولى القاضى صار ناظرا للمسلمين ، لا عمن ولاه ، فيكون - أى القاضى - فى حكم الإمام فى كل بلد(٩٤).

مع ذلك ، فقد كان من الجائز الاعتراض على تشكيل المحكمة أو اختيار قاض بعينه للفصل فى الدعوى(٩٥). وقررت الشريعة مسؤولية القاضى عما يقع منه من أخطاء فى حكمه . وتختلف المسؤولية باختلاف الخطأ الذى وقع من القاضى. فإذا كان المقضى به حقا من حقوق الله تعالى كالحدود وتعمد القاضى الجور، فإنه يضمن فى ماله ويعزر ويعزل. وإذا كان الخطأ غير عمد ونفذ الحكم ، فإن الضمان يكون فى بيت مال المسلمين لأن القاضى فى الاسلام يستمد ولايته من عامة المسلمين(٩٦) الذين بايعوا ولى الأمر الذى عينه ، بالولاية . فإن تدارك حكمه قبل تنفيذه نقض ولا ضمان . فإذا كان المقضى به حقا من حقوق العباد وظهر أنه على خلاف الحقيقة نقض الحكم إذا لم يكن قد نفذ، فإذا ظهر ذلك بعد تنفيذه وجبته التفرقة بين ما إذا كان المقضى به مالاً أو غير ذلك(٩٧)، أى أن مسؤولية القضاة تبلغ حد التعزير والعزل والضمان فى أموالهم.

هـوامـش

(١) أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الاعلان فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ وصدر فى ثلاثين مادة ودعت ديباجته كل فرد وهيئة الى توطيد احترام الحقوق والحريات التى نادى بها عن طريق التعليم والتربية واتخاذ اجراءات مطردة لضمان الاعتراف بها ومراعاتها بصورة عالمية فعالة.

(٢) ميزان الأصول فى نتائج العقول «المختصر» للسمرقندى المتوفى ٥٣٩ هـ ، تحقيق المستشار الدكتور محمد زكى عبد البر ١٩٨٤، الدوحة ، ص ٢٤ وما بعدها.

(٣) مدخل البيان الاسلامى العالمى لحقوق الانسان، منشور فى كتاب المستشار الدكتور على جريشة «حرمات لا حقوق» دار الاعتصام بمصر، ١٩٨٧، ص ٩٤.

(٤) المصدر السابق.

(٥) د. محمد عمارة: الإسلام وحقوق الانسان، سلسلة عالم المعرفة، الكويت ص ١١، ١٥، ١٤٠، ١٤٢.

(٦) د. على جريشة فى المصدر المشار اليه، ص ٣٠ وما بعدها.

(٧) المصدر السابق، ص ٣٢.

(٨) د. محمد عمارة: الغزو الفكرى، كتاب صادر عن الأزهر الشريف ١٩٨٨ فى سلسلة قضايا اسلامية معاصرة، ص ١٢٩ ، ١٣٢.

(٩) د. على جريشة فى المرجع المشار اليه، ص ٤٢ وما بعدها.

(١٠) سورة النساء، الآية ٥٩.

(١١) سورة المائدة، الآية ٤٩.

(١٢) سورة النساء، الآية ١٤٨.

(١٣) رواه الشيخان والترمذى.

(١٤) رواه الشيخان.

(١٥) رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى.

(١٦) رواه الخمسة.

(١٧) رواه أبو داود والترمذى بسند حسن، وانظر كتاب قضية رسول الله ﷺ لأبى عبد الله محمد بم فرج القرطبى المتوفى ٤٩٧ هـ، دار الوعى بحلب، ص ١٠٤.

(١٨) رواه الشيخان.

(١٩) سورة الاسراء، الآية ١٥. وانظر كتاب الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربى، ص ١٧٣ فقرة ١٩٢، والقاعدة أنه لا تكليف قبل ورود الشرع ، وأن الأصل

هوامش

فى الأشياء الإباحة . وانظر د. محمد سليم العوا : أصول النظام الجنائى الإسلامى ، دار المعارف بمصر ، ط ٢، ص ٥٩.

(٢٠) سورة الحجرات، الاية ٦.

(٢١) سورة النجم، الاية ٥٢٨.

(٢٢) سورة البقرة، الاية ٢٢٩.

(٢٣) رواه البيهقى والحاكم بسند صحيح.

(٢٤) سورة الاسراء، الاية ١٥.

(٢٥) سورة الطور ، الاية ٢١.

(٢٦) سورة يوسف، الاية ٧٩. وراجع نظرية العاقلة فى الفقه الاسلامى للدكتور عوض محمد عوض، دراسات إسلامية (١٩٨٥) لمجمع البحوث الاسلامية بإسلام اباد بالباكستان، ع ٣، مجلد ٢٠.

(٢٧) راجع البيان الاسلام العالمى فى كتاب د. جريشة ص ١٠٠ - ١٠٣.

(٢٨) د. محمود الشرقاوى ، «العدل فى الاسلام» مجلة الوعى الاسلامى، ٢٥٩، الكويت، ص ٥١.

(٢٩) رواه البخارى.

(٣٠) رواه مسلم والنسائى وابن حنبل.

(٣١) سوراة النساء، الآية ٥٨.

(٣٢) سورة المائدة، الاية ٨.

(٣٣) سورة الأنعام ، الاية ١٥٢.

(٣٤) د. محمد عمارة: الاسلام وحقوق الانسان، ص ٦٠.

(٣٥) رواه مسلم وابن حنبل.

(٣٦) سورة النساء، الاية ٤٠.

(٣٧) سورة الزمر، الاية ٤٧.

(٣٨) مجموع الفتاوى لابن تيمية، جـ ٣٤، ص ١٧٣.

(٣٩) النص كما ورد فى اعلام الموقعين لابن القيم (متوفى ٧٥١ هـ)، جـ ١، ص ٨٥ (بيروت).

(٤٠) المرجع السابق ص ٨٦ وما بعدها.

(٤١) تاريخ القضاء فى الاسلام لمحمود عرنوس، المطبعة المصرية الأهلية بالقاهرة، ص ١٤.

هوامش

(٤٢) تاريخ الأمم الاسلامية، المكتبة التجارية ١٩٦٩، جـ ٢، ص ١١.

(٤٣) نظرة عامة فى القضاء (المحاماة، السنة ٤٠، ص ١١٠، مشار اليه فى أصول المرافعات الشرعية للأستاذ أنور العمروسي، طـ ٢، ص ٢٤).

(٤٤) طبعة ١٩٤٩ بالمطبعة الأميرية للأستاذ حسن ابراهيم حسن وآخرين، ص ٥٥.

(٤٥) نظام الحكم فى الاسلام بأقلام فلاسفة النصارى للاستاذ عبد المتعال الجبرى، مكتبة وهبة، ١٩٨٤، ص ٩٨.

(٤٦) نهج البلاغة من كلام أمير المؤمنين على بن أبى طالب، شرح الإمام محمد عبده، كتاب الشعب، ص ٣٣٩ - ٣٤٠.

(٤٧) نهج البلاغة ، ص ٣١٠.

(٤٨) سورة الحجرات، الاية ١٣.

(٤٩) انظر بعضها فى مبدأ المساواة فى النظام الاسلامى للدكتور محمد الشافعى أبو راس، ١٩٨٥، ص ١٤٠ وما بعدها، وأيضا ص ١٢٥.

(٥٠) المرجع السابق، ص ٧.

(٥١) أعلام الموقعين، المشار اليه ، جـ، ص ٨٩.

(٥٢) تاريخ الامم الاسلامية لمحمد الخضرى، جـ ٢، ص ٩.

(٥٣) سورة البقرة، الاية ٢٨٢.

(٥٤) د. أبوراس ، ص ١٤٥.

(٥٥) د. عوض محمد عوض: دراسات فى الفقه الجنائى الاسلامى، ١٩٨٣، طـ ٢، دار البحوث العلمية بالكويت، ص ١٠٥ و ١٠٩ والحديث أخرجه الحاكم وأبو داود وأحمد.

(٥٦) الخراج للقاضى أبى يوسف (متوفى ١٨٢ هـ) المطبعة السلفية، مصر، طـ ٤، ص ١٢٦.

(٥٧ و ٥٨) د. عوض، ص ١١٠.

(٥٩) التى أقرها مؤتمر العلماء فى كراتشى ١٣٧٠ هـ. المبدأ منشور بكتاب نظرية الاسلام وهديه للمودودى، دار الفكر، ص ٣٧٣.

(٦٠) المودودى، ص ٢١٩.

(٦١) د. أبو سليم خادم حسين، مجلة الأمة (قطر) العدد ٣٤، ص ١٧ وما بعدها.

(٦٢) د. عبدالله رشوان فى الرد على د. أبو سليم فى مجلة الأمة ، العدد ٣٨.

هوامش

(٦٣) القاضى عبد القادر العمارى بالمحكمة الشرعية بقطر، فى مجلة الأمة، العدد ٣٧، ص ٣٣.

(٦٤) القاضى عبد القادر العمارى، وأشار الى «كشاف القناع».

(٦٥) فقه السنة للشيخ السيد سابق، بيروت جـ ٣، ص ٣١٥.

(٦٦) د. عوض، دراسات فى الفقه الجنائى ص ١١١، والاستاذ عبد المتعال الصعيد (توجيهات نبوية، مكتبة الاداب، جـ ١، ص ٢٥٠).

(٦٧) رواه ابن ماجه فى سننه ، وورد الحديث فى كتاب الامام على بن أبى طالب الى واليه الأشتر النخعى.

(٦٨) د. عوض، ص ١١٢ ، ١١٤.

(٦٩) المبسوط للسرخسى، جـ ١٦، ص ٨٩ . ومختصر خليل، ص ٢٠٨، نقلا عن د. عبد العزيز بديوى (القضاء فى الاسلام وحماية الحقوق) دار الفكر العربى، ١٩٨٠، ص ٢٨.

(٧٠) آدم ميتز، جـ ١، ص ٣٧٠ وما بعدها (الجبرى فى نظام الحكم فى الاسلام، ص ١٠٤، ١٠٦)، عرنوس ص ١٣٧.

(٧١) أدب القاضى للماوردى بتحقيق د. محيى السرحان، بغداد، ١٩٧٢، جـ ٢، ص ١٩٦ و ٢٤٣ (د. بديوى، ص ٤٨ وما بعدها).

(٧٢) د. بديوى، ص ٧٦، أشار الى معين الحكام ص ٤٢ ومراجع أخرى.

(٧٣) منها كتاب أدب القاضى للماوردى، وأدب القاضى للخصاف بتعليق الجصاص.

(٧٤) د. محمد سليم العوا، ص ٩٩، ١٠٢.

(٧٥) شرح الكوكب المنير فى أصول الفقه لابن النجار (متوفى ٩٧٢ هـ) تحقيق د. الزحيلى ونزيه حماد، ١٩٨٧، مجلد ٤، مطبوعات جامعة أم القرى، ص ٤٣٩ و ٤٤٢.

(٧٦) الخراج لأبى يوسف ص ١٦٤.

(٧٧) الأحكام السلطانية، ط ٣، ٢١٩.

(٧٨) سورة الحجرات، الاية ٦.

(٧٩) سورة النساء، الاية ٩٤.

(٨٠) جمعه البيهقى، دار الكتب **العلمية ، بيروت ، جـ ٢ ، ص ١١٩ .**

(٨١) جمع الفوائد للامام محمد بن سليمان، دار الاصفهانى للطباعة، جدة، ص ٢٦٠.

(٨٢) إسنادها صحيح والثانى رواه الشيخان. انظر كتاب التوبيخ والتنبيه للامام أبى الشيخ (٣٦٩ هـ)

هوامش

تحقيق مجدى السيد، ص ٧٤.

(٨٣) أحكام الحدود فى الشريعة الاسلامية محمود فؤاد جاد الله، مصر، ١٩٨٤، ص ١٥٩. وانظر مجموع الفتاوى لابن تيمية، جـ ٣٧، ص ٣٢٧ و ٣٧٦.

(٨٤) آدم ميتز، جـ ١، ص ٣٧٤ (الجبرى ص ١٠٩).

(٨٥) اللواء الإسلامى، السنة ٧، العدد ٣٣، ص ١٤.

(٨٦) سورة الحج، الاية ٣٠.

(٨٧) وانظر عرنوس ص ٢٨ إذ يقول : «إن قضاء القاضى لا ينقض فإذا قضى القاضى المجتهد فى حادثة برأى أداه اليه اجتهاده ثم رُفعت اليه حادثة مماثلة لها وكان قد رأى غير الرأى الأول فإنه يقضى بالرأى الثانى ولا ينقض القضاء الأول لأنه بنى على اجتهاد صحيح ولا يجوز لقاض آخر نقضه». وهذا شبيه بمبدأ حجية الأمر المقضى فى المرافعات الوضعية.

(٨٨) د. بديوى: القضاء فى الاسلام، ص ٨٠ – ٨٣. وأشار الى المختصر، جـ ٣، ص ٢٠١، الأم، جـ ٤، ص ٨٣، سنن البيهقى، جـ ٦، ص ٣٦٤.

(٨٩) محمود عرنوس، ص ١٦.

(٩٠) محمد الخضرى، جـ ٢، ص ١٠.

(٩١) د. فؤاد عبد المنعم، حكم الاسلام فى القضاء الشعبى، ١٩٧٣، ص ٥٢. وأشار الى الأحكام السلطانية لأبى يعلى (متوفى ٤٥٨ هـ) ص ٤٦.

(٩٢) الطحاوى (المتوفى ٣٢١ هـ) «المختصر» ص ٣٣٤ وابن عابدين «رد المختار» جـ ٤، ص ٤٢٣.

(٩٣) ميتز: الحضارة الاسلامية ص ٣٥٤، وجروبناوم: فى حضارة الاسلام ص ٢٣١.

(٩٤) الاحكام السلطانية، ص ٥٣.

(٩٥) ميتز ص ٣٧٠.

(٩٦) فى إبراز هذا المعنى أبو زهرة: الجريمة، ص ٣٣٢، فقرة ٣٥٢.

(٩٧) د. بديوى: القضاء فى الاسلام ص ٨٢ مسترشدا بكشاف القناع، جـ ٤، ص ٢٨٢، الدسوقى على الشرح الكبير، جـ ٤، ص ١٥٤، بدائع الصنائع، جـ ٧، ص ١٦، المغنى، جـ ٩، ص ٥٧، بداية المجتهد، جـ ٣، ص ٥١٤.

اندماج الشركات من الناحية القانونية والاجرائية

السيد الأستاذ/ عبد المحسن محمد طبق
المحامى بالنقض

اندماج الشركات من الناحية القانونية

يأخذ اندماج الشركات احدى صورتين:

الصورة الأولى: فناء شركة فى اخرى قائمة.

الصورة الثانية : فناء شركتين أو أكثر فى شركة جديدة.

ولايضاح كل صورة من هذه الصور من الناحية القانونية نبدأ ببعض الاحكام القانونية للشركات . وقد وردت الاحكام الخاصة بالشركات فى القانون المدنى والقانون التجارى وبعض القوانين الخاصة.

ولعل أول ما يستلزم البحث فى موضوع اندماج الشركات من الناحية القانونية هو موضوع الشخصية الاعتبارية للشركة.

ماهية الشخصية الاعتبارية للشركة

إذا كان الفقه والقضاء مستقرين على أن الاحكام الخاصة بالشركات قد وردت فى القانون المدنى والقانون التجارى بالاضافة الى بعض القوانين الخاصة. فقد بين القانون المدنى القواعد الخاصة بالشركات على وجه العموم والشركات المدنية على وجه الخصوص - ونص عليها فى المواد من ٥٠٥ الى ٥٢٧ منه حيث تناول فيها الاحكام العامة للشركات واركان عقد الشركة وادارتها وآثارها فيما بين الشركاء وبالنسبة للغير، وطرق انتهائها وتصفيتها وقسمتها.

ولا تقتصر تطبيق تلك القواعد على الشركات المدنية فحسب بل تشمل الشركات التجارية ايضا حيث يطبق القانون المدنى على الشركات التجارية فى الاحوال التى لا يوجد بشأنها نص فى القانون التجارى أو غيره من التشريعات المنظمة للشركات التجارية.

وقد عبرت المادة ١٩ من القانون التجارى عن ذلك حيث تناولت الشركات التجارية بقولها «وتتبع فى هذه الشركات الاصول العمومية المبينة فى القانون المدنى والشروط المتفق عليها بين الشركاء والقواعد الآتية:

(المواد من ٩ الى ٦٥ من القانون التجارى).

ويتضح من أحكام هذه المواد الاطار العام لأحكام الشركات والتى يمكن من خلالها ابراز كنه الشخصية الاعتبارية للشركة على الوجه الآتى:

أولا : احكام المادة ٥٠٦ فقرة أولى من القانون المدنى

تقضى أحكام المادة ٥٠٦

فقرة اولى مدنى بأن **«تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون – وعلى ذلك للغير إذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها».**

ويقول الدكتور السنهورى تعقيبا على هذا النص يترتب على ثبوت الشخصية للشركة نتائج هامة هى التى تترتب على الشخصية المعنوية بوجه عام – وقد نصت المادة ٥٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى :

١ – الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية ذلك فى الحدود التى قررها القانون.

٢ – فيكون له :

أ – ذمة مالية مستقلة.

ب – أهلية فى الحدود التى يعينها سن انشائه أو التى يقررها القانون.

جـ – حق التقاضى.

د – موطن مستقل ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته.

(الوسيط – الهبة والشركة للدكتور عبد الرازق السنهورى ص ٢٩١).

ويقول الدكتور محمد كامل امين ملش «يقرر القانون المدنى فى المدة ٥٠٦ منه الشخصية المعنوية للشركات المدنية وتتطلب اجراءات نشر يترتب على عدم القيام بها عدم الاحتجاج بالشخصية المعنوية على الغير – انما لذلك الغير التمسك بالشخصية المعنوية رغم أن الشركة لم تقم باجراءات النشر – وحكم هذه المادة عام يشمل الشركات المدنية والتجارية على السواء ...... ولاجبار الشركاء على استيفاء اجراءات النشر اقتبس المشرع فى الفقرة الثانية وسيلة قررها تقنين الشركات البلجيكى (المادة ١١ منه) وجاءت بأحسن النتائج من الناحية العملية: تلك هى عدم قبول ما ترفضه الشركة من دعاوى الا إذا اثبتت أن اجراءات النشر قد تمت».

(موسوعة الشركات للدكتور/ محمد كامل امين ملش طبعة ١٩٨٠ ص ٦٤).

وتقول محكمة النقض فى ذلك «ان الشركة التى لم تتبع فى اسسها الشرائط الشكلية لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية»:

(نقض مدنى – الطعن ٣ س ١٩ ق – يناير ١٩٥١).

الشروط الشكلية الواجب توافرها للشركة لتثبت لها الشخصية الاعتبارية

إذا كان نص المادة ١/٥٠٦ مدنى يرتب ثبوت الشخصية المعنوية للشركة على استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون – فقد تكفل القانون التجارى بتنظيم تلك الاجراءات بالنسبة لشركات التضامن وشركات التوصية فى المواد ٤٦ و ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ و ٥١ و ٥٢ و ٥٣ و ٥٨ منه كما تكفل القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بتنظيم تلك الاجراءات بالنسبة للشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة واخيرا تكفلت تلك الاجراءات بالنسبة لشركات استثمار المال العربى والاجنبى والمناطق الحرة احكام القانون ٤٣ لسنة ٧٤ المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٩١ لسنة ٧٦ بنموذج العقد الابتدائى والنظام الاساسى للمشروعات

المشتركة والمنشأة وفقا لأحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ٧٤ بنظام المناطق الحرة وقرار وزير الاقتصاد والتعاون الاقتصادى رقم ٣٧٥ لسنة ٧٧ باصدار اللائحة التنفيذية لقانون استثمار المال العربى والأجنبى والمناطق الحرة.

إذا فبالتأسيس تولد الشركة وباستكمال الشكل الذى قرره القانون لها تصدر لها شهادة ميلاد اسوة بالانسان وتتحقق لها الشخصية الاعتبارية حسبما أوردنا سلفا.

وتنقضى الشركة وتفنى شأنها شأن الانسان حين يفنى ، فإذا كانت هناك اسباب معلومة لانقضاء الشركات بصفة عامة - فإن الاندماج يضاف فى هذا المجال كسبب من اسباب انقضاء الشركات وفناء شخصيتها الاعتبارية.

الاندماج فى التشريع المصرى

لم يحظ اندماج الشركات باهتمام المشرع المصرى مثلما فعلت كثير من الشرائع الأخرى التى اولته اهتماما كبيرا مثل القانون الالمانى والنمساوى والسويسرى والايطالى واليابانى والبرتغالى.

إلا أن شيوع الشركات ابان النهضة الصناعية فى مصر أوجدت الحاجة الى تقنين خاص باندماج الشركات فصدر اول قانون يمس الموضوع تحت رقم ٥٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن الاندماج فى شركات المساهمة فى ١٩٥٧/٢/١٩ متضمنا خمسة مواد:

أجازت المادة الاولى منه أنه يجوز بقرار من رئيس الجمهورية الترخيص لشركات المساهمة وشركات التوصية بنوعيها والشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التضامن سواء كانت اجنبية أو مصرية الاندماج فى شركات مساهمة مصرية إذا كانت تزاول نشاطها الرئيسى فى مصر وسبق لها اصدار ميزانيتى سنتين كاملتين متتاليتين على الأقل قبل طلب الترخيص (النوع الأول من الاندماج).

ونظمت المادة الثانية هذا الاندماج بتقدير اصول الشركة المندمجة كما اجازت المادة الثالثة تداول الاسهم التى تعطى مقابل رأس مال الشركة المندمجة بمجرد اصدارها وتضمنت المادة الرابعة اعفاء الشركة المندمجة ومساهموها من الضرائب التى تستحق بسبب الاندماج على الشركة المندمجة أو الاسهم التى يحصل عليها مساهموها من الشركة المندمج فيها - كما تعفى الشركة المندمج فيها من الضرائب والرسوم التى تستحق بسبب الاندماج.

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج فى شركات المساهمة نشر بالعدد ١٦٠ من الجريدة الرسمية عمل به من تاريخ نشره فى ١٩٦٠/٧/١٨ ولم يزد كثيرا عن سابقه حيث يبدو أن الغرض الرئيسى من صدوره كان فى تغيير لفظ مصرية الى عربية تحقيقا لما كان من وحدة بين مصر وسوريا. وقد صدر فى ثمان مواد:

جاءت أولها بنفس حكم المادة الأولى من القانون ٥٤ لسنة ١٩٥٧ ثم اضافت حكما جديدا جاز بمقتضاه اندماج الشركات سالفة الذكر لتكوين شركة عربية جديدة (وهو النوع الثانى من الاندماج)، ثم اعتبرت تلك المادة فى حكم الشركة المندمجة فروع ووكالات ومنشآت الشركات.

ونصت المادة الثانية على

أن تشكل لجنة من مستشار من إحدى محاكم الاستئناف يندبه وزير العدل رئيسا ومن ممثل لكل شركة يعينه المساهمون أو الشركاء حسب الأحوال وذلك لتقدير صافى اصول الشركة الراغبة فى الاندماج.

وتصدر قراراتها باغلبية الاصوات ويرجح الجانب الذى منه الرئيس عند التساوى.

واعتبرت المادة قرارات اللجنة نهائية غير قابلة للطعن بأى طريق وتقديرها ملزما للمساهمين أو الشركاء حسب الأحوال.

ونصت المادة الثالثة على أن يراعى عند اصدار الاسهم التى تعطى مقابل رأس مال الشركة المندمجة القيمة الفعلية لاصول كل من الشركتين المندمجة والمندمج فيها.

ونصت المادة الرابعة على ان تعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا عاما للشركات المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها وما عليها فى حدود ما اتفق عليه فى عقد الاندماج.

ثم أجازت المادة الخامسة تداول الاسهم الناجمة عن الاندماج بمجرد اصدارها واعفت المادة السادسة كلا الشركات المندمجة والمندمج فيها أو الناتجة عن الاندماج من جميع الضرائب والرسوم التى تستحق بسبب الاندماج.

ثم صدر القانون ١٥٩ لسنة ٨١ وقد نص فى مادته الاولى على الغاء القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج واتى بأحكام الاندماج فى الباب الثالث منه فى خمسة مواد من المادة ١٣٠ الى المادة ١٣٥.

اجازت المادة ١٣٠ مع- بقرار من الوزير المختص بعد موافقة اللجنة المنصوص عنها بالمادة ١٨ وهى لجنة فحص طلبات انشاء الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة التى تتخذ مركزها أو تزاول نشاطها الرئيسى فى مصر اندماج هذه الشركات فى شركات مساهمة أو معها وتكوين شركة مصرية جديدة واعتبرت فروع ووكالات ومنشآت الشركات فى حكم الشركات المندمجة.

ونصت على أن تحدد اللائحة التنفيذية كيفية تقويم اصول الشركات الراغبة فى الاندماج واجراءات وأوضاع وشروط الاندماج.

وقد صدرت اللائحة التنفيذية للقانون بالقرار الوزارى رقم ٩٦ لسنة ٨٢ متضمنة تلك الاجراءات فى السداد من ٢٨٨ الى ٢٩٨ وينحصر ما جاءت به من جديد فيما يأتى:

١ - أجازت المادة ٢٨٨ أن يتم الاندماج حتى لو كانت الشركة المندمجة فى مرحلة التصفية مشترطة موافقة الهيئات المختصة فى هذه الشركة على الغاء التصفية.

٢ - نظمت المادة ٢٨٩ مشروع عقد الاندماج بحيث يعده مجلس الادارة أو المديرين أو من له حق الادارة فى الشركة الداخلة فى الاندماج بحيث يتضمن:

- دوافع الاندماج واغراضه وشروطه.
- التاريخ الذى يتخذ اساسا لحساب اصول وخصوم الشركات المندمجة.
- التقدير المبدئى لأصول وخصوم الشركات المندمجة بمراعاة القيمة الفعلية للأصول.
- كيفية تحديد حقوق المساهمين أو الشركاء فى الشركات المندمجة والدامجة

أو الشركة الجديدة.

وقررت المادة ٢٩٠ تقديم طلب بالمشروع لسوق المال.

وقررت المادة ٢٩١ على مجلس الادارة أو من له حق الادارة احالة مشروع عقد الاندماج وتقدير أصول وخصوم الشركات المندمجة الى مراقب الحسابات المختص بالشركة قبل موعد اجتماع جمعيات المساهمين بستين يوما على الاقل ليعد تقريره الذى يودعه قبل اجتماع الجمعية العامة غير العادية بخمسة عشر يوما ولكل مساهم أو شريك الحق فى الحصول على نسخة منه.

ونصت المادة ٢٩٢ من اللائحة ان الاختصاص بالموافقة على عقد الاندماج معقود للجمعيات العامة غير العادية بالاغلبية اللازمة لتعديل نظام الشركة أو عقد تأسيسها بحسب الأحوال.

واشترطت المادة ٢٩٣ اجماع المساهمين أو الشركاء فى حالة زيادة التزاماتهم نتيجة الاندماج.

كما نظمت المادة ٢٩٤ اجراءات الاندماج على الوجه الآتى:

١ – فى حالة انشاء شركة مساهمة جديدة – تتبع اجراءات التأسيس.

٢ – فى حالة الاندماج فى شركة مساهمة قائمة وجب تقديم عقد الاندماج للجنة المنصوص عنها بالمادة ١٨ من القانون (لجنة فحص الطلبات).

وفى جميع الاحوال يلزم صدور قرار وزارى بالاندماج بعد موافقة اللجنة المشار اليها . كما يتم اتباع اجراءات القيد بالسجل التجارى والشهر.

ونصت المادة ٢٩٥ من اللائحة على جواز اعتراض بعض المساهمين أو الشركاء على قرار الاندماج باثبات هذا الاعتراض بمحضر الجلسة ويحق لهم تقديم طلبات تخارجهم خلال ٣٠ يوما من تاريخ قيد القرار الوزارى بالاندماج بالسجل التجارى.

ونظمت المادة ٢٩٦ قيام مجلس الادارة أو المديرين باعلان المساهمين والشركاء الذين اختاروا التخارج بالقيمة التى تقدرها الشركة لحصصهم على اساس القيمة الجارية لكافة اصولها وتخطرهم بالتاريخ الذى توضع فيه المبالغ تحت تصرفهم – وفى حالة عدم الموافقة يكون لهم رفع الأمر للقضاء لتقدير هذه القيمة.

كما نظمت المادة ٢٩٧ حقوق حملة السندات وذلك بجواز عرض الشركة عليهم استرداد قيمتها وفوائدها حتى تاريخ السداد وأن على حملة السندات طلب الاسترداد خلال ٣ أشهر من تاريخ اخطارهم . كما تصبح الشركة الدامجة مدينة بقيمة هذه السندات وفوائدها من تاريخ تمام الاندماج وان لم يبدو رغبتهم فى الاسترداد خلال الثلاثة أشهر احتفظوا بضماناتهم وأولوياتهم المقررة بعقد الاندماج.

كما نصت المادة ٢٩٨ على حقوق الدائنين من غير حملة السندات وأنه بمجرد تمام الاندماج تعتبر الشركة الدامجة مدينة لكافة ديون الشركة المندمجة. واجازت لكل دائن طلب ضمانات له فى مواجهة الشركة الدامجة امام القضاء – ولا يخل ما سبق بحقوقهم فى طلب تعجيل هذه الديون.

وفيما عدا ما اتت به اللائحة التنفيذية للقانون لم يأت القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١

بجديد بشأن ما سبق ايضاحه من احكام خاصة بالقانون الملغى ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠.

احكام تطبيق قانون الاندماج فى التشريع المصرى

باستقراء احكام اندماج الشركات فى التشريع المصرى يتبين لنا أن اندماج الشركات يتم بطريقتين حسبما أوردنا سلفا:

الطريقة الأولى: فناء شركة فى شركة أخرى قائمة

أن يكون لدينا شركة مساهمة مصرية قائمة بالفعل - يجوز أن تندمج فيها شركات مساهمة أو شركات توصية بنوعيها أو ذات مسئولية محدودة أو تضامن سواء مصرية أو اجنبية بشرط أن تكون مزاولة لنشاطها الرئيسى فى مصر وأن تكون قد سبق لها اصدار ميزانيتى سنتين كاملتين على الاقل متتاليتين قبل الاندماج.

الطريقة الثانية: فناء شركة قائمة أو اكثر معا لتكوين شركة جديدة

أن يكون لدينا شركة مساهمة مصرية قائمة بالفعل - يجوز أن تندمج هى مع شركة مساهمة اخرى أو شركات توصية بنوعيها أو ذات مسئولية محدودة أو تضامن سواء مصرية أو أجنبية بشرط مزاولة النشاط الرئيسى فى مصر وسبق لها اصدار ميزانيتى سنتين كاملتين متتاليتين قبل الاندماج - وتندمج هذه الشركات معا لتكوين شركة جديدة.

اندماج الشركات من الناحية الاجرائية

إذا كان الاندماج فى الشركات يقع بإحدى طريقتين:

أولى : بقاء الشركة الأم وتندمج فيها بقية الشركات.

والثانية : تأسيس شركة جديدة تمتص الشركات القائمة التى تفنى لتحل محلها الشركة الجديدة.

فإنه طبقا لأحكام قانون الاندماج وسائر احكام الشركات يتم الاندماج فى الأولى على الوجه الآتى:

١ - يجب عقد الجمعية العامة غير العادية لكل شركة مندمجة لتقرر هذا الاندماج.

٢ - يجب أيضا عقد الجمعية العامة غير العادية للشركة الدامجة لتقرير زيادة رأس مال الشركة بمقدار موجودات الشركة أو الشركات المندمجة.

٣ - ان موجودات الشركة أو الشركات المندمجة تعتبر حصصا عينية يقتضى الامر تقويمها بالكيفية التى حددها القانون لتقويم الحصص العينية، ونصت احكام المادة الثانية من القانون ٢٤٤ لسنة ٦٦ على تشكيل لجنة برئاسة مستشار من احدى المحاكم الاستئنافية يندبه وزير العدل ومن ممثل لكل شركة يعينه المساهمون أو الشركاء حسب الأحوال لتقدير صافى أصول الشركات الراغبة فى الاندماج ونظمت كيفية عملها كما سبق الاشارة الى ذلك.

٤ - تحرير عقد الاندماج

أولا : يبدأ عمل ممثلو الشركات الراغبة فى الاندماج بتبادل ميزانيتى سنتين متتاليتين على الاقل لكل شركة لدراسة كل ما يتعلق بالأصول والخصوم الواردة بها.

ثانيا : يتم الاتفاق فى عقد الاندماج على احدى طريقتين:

أ - اما قيام الشركة المندمجة بالوفاء بما عليها من الديون وبالتالى تتولى تقديم الاصول الصافية خالية من اية

حقوق للغير للشركة الدامجة . ويعرف بعض الفقهاء هذه الحالة بأن الشركة المندمجة (تضفى نفسها وتكف عن العمل الا بالقدر اللازم لحاجات التصفية).

ب - واما أن يتفق على اساس أن تتلقى الشركة الدامجة كل ماللشركة المندمجة من اصول وخصوم وتطبيقا لحكم المادة ١٣٢ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ تعتبر الشركة الدامجة خلفا عاما للشركات المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها وما عليها.

ثالثا : اقرار عقد الاندماج بمعرفة الجمعية العامة غير العادية فى كل شركة مندمجة لتقرير الاندماج بالنسبة للشركات المندمجة. واقرار عقد الاندماج بمعرفة الجمعية العامة غير العادية فى الشركة الدامجة لتقرير زيادة رأس المال بقيمة موجودات الشركات المندمجة.

٥ - اعمالا لحكم المادة ١٣٠ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يقتضى الأمر صدور قرار من الوزير المختص بذلك الاندماج.

وبالنسبة للحالة الثانية يلزم اتباع جميع القواعد المتعلقة بتأسيس الشركات وتعتبر موجودات الشركات المندمجة فى حكم الحصص العينية ويسرى بشأنها كافة الاحكام التى تسرى على الحصص العينية بالنسبة لتأسيس الشركة الجديدة وبعد اتباع ما سبق بيانه بالنسبة لتحرير عقد الاندماج وموافقة الجمعيات العامة غير العادية لهذه الشركات يتم استصدار قرار جمهورى بهذه الشركة الجديدة.

العقبات التى تصادف الاندماج

أولا : فى حالة اندماج شركة قائمة أو أكثر الى الشركة الام يجوز لدائنى أى شركة مضمومة طلب ابطال هذه الاندماج بالنسبة لهم - وذلك تأسيسا على أن الاندماج يعتبر تجديدا لديونهم وهو ما لا يجوز قانونا الا برضاء الدائنين فإن هم رفضوا هذا التجديد كان لهم الحق فى طلب ابطال ذلك الاندماج

ثانيا : بالنسبة لما تتكبده الشركات المندمجة من ضرائب ورسوم - نصت المادة الرابعة من القانون ٥٤ لسنة ٥٧ على أن تعفى الشركة المندمجة ومساهموها من الضرائب التى تستحق بسبب الاندماج كما تعفى ايضا الشركة المندمج فيها من الضرائب والرسوم التى تستحق بسبب الاندماج ونصت هذه المادة ايضا على انواع الرسوم التى تعفى منها وجاء أول نوع من هذه الرسوم (رسم الشهر الذى يفرضه القانون ٩٠ لسنة ٤٤).

وقد الغى هذا القانون بالقانون ٢٤٤ لسنة ٦٠ الذى نصت المادة السادسة منه على أن «تعفى الشركات المندمجة ومساهموها كما تعفى الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة من جميع الضرائب والرسوم التى تستحق بسبب الاندماج المشار اليه فى هذا القانون».

والعجيب من الأمر أنه مع هذه النصوص الصريحة بالنسبة للاعفاء من رسوم الشهر العقارى فقد صدر حكم محكمة النقض بأن «وثيقة الاندماج تخضع لجميع القواعد الموضوعية والشكلية التى يخضع لها عقد تأسيس الشركات من كتابة واشهار واعلان ويستحق عليها رسوم فى حدود القانون ٩٠ لسنة ٤٤ الخاص بالشهر العقارى».

(حكم محكمة النقض فى الطعن ٤٦٩ لسنة ٣٧ ق فى ٣ مارس ١٩٧٣)

ومن الواضح أن هذا الحكم قد صدر بسبب تضارب القوانين حيث يهدف قانون الشهر العقارى زيادة الموارد بينما يهدف قانون الاندماج الى تشجيعه خدمة للاقتصاد الوطنى حسبما سنوضح فيما بعد بالنسبة لمزايا الاندماج.

وإذا كان الأمر يقتضى تغليب مصلحة للدولة على غيرها فإن ذلك بالضرورة يقتضى اصلاح هذا التضارب فى التشريع.

ثالثا : يكون الاندماج بطريق الامتصاص حيث تقدم الشركة المندمجة حصة عينية الى الشركة الدامجة فى نظير تسلمها أسهما عينية.

وتثور العديد من العقبات فى تنفيذ ذلك - فقد تتسلم الشركة المندمجة تكملة لثمن الحصص العينية عددا من السندات تصدرها الشركة الدامجة - وقد تتسلم مبلغا من النقود لوفاء ديون الشركة المندمجة ودفع نفقات تصفيتها - وقد يوزع هذا المبلغ على مساهمى الشركة المندمجة بوصفه معدلا للقسمة.

رابعا : من المتبع ايضا أنه لا يقع تقويم الحصة العينية طبقا لقيمتها الحقيقية فحسب بل يلزم مراعاة حالة الشركة الدامجة - فإذا تساوى رأسمال كل شركة ومالها الاحتياطى وقع الاندماج فى يسر إذ يتسلم كل مساهم فى الشركة المندمجة سهما جديدا نظير سهمه القديم.

وقد يكون مركز احدى الشركتين خيرا من مركز الشركة الأخرى - كما لو كانت قيمة السهم فى شركة اربعة جنيهات وقيمة سهم الشركة الاخرى ستة جنيهات - فإنه فى هذه الحالة يمكن اللجوء لعدة طرق لتحقيق نوع من التوازن.

١ - الأولى أن تقع مبادلة الاسهم على اساس ثلاثة اسهم قديمة فى مقابل سهمين جديدين أو العكس.

٢ - الثانية أن يعطى معدل القسمة نقدا - ويمثل المعدل زيادة قيمة سهم شركة على قيمة سهم الشركة الاخرى فيتسلم المساهم فى الشركة المندمجة عدد الأسهم التى يستحقها ويضاف اليه مبلغا من النقود حتى يتحقق التوازن بين المساهمين فى الشركتين.

وإذا حقق (معدل القسمة) فائدة للمساهمين فى الشركة الدامجة وزع عليهم بوصفه ربحا اضافيا - ولكن إذا كان مركز الشركتين مختلفا اختلافا بينا بحيث يتعذر تساوى مساهمى الشركتين فى جميع الحقوق جاز فى هذه الحالة اعتبار اسهم الشركة الدامجة اسهما ممتازة وأسهم الشركة المندمجة اسهما عادية . باعتبار أن الاسهم العادية تمثل زيادة رأس المال والاسهم الاصلية اسهما ممتازة.

٣ - ان الاسهم العينية لا يجوز تداولها قبل نشر حساب الارباح والخسائر عن سنتين كاملتين على الاقل من تاريخ صدور القرار الجمهورى بالتأسيس.

بانتهاء التقويم السابق ايضاحه يتسلم المساهمون فى الشركة المندمجة اسهما من اسهم الشركة الجديدة أو الشركة الدامجة وتتلقى الشركة الدامجة ثروة الشركة المندمجة بما لها وما عليها ويتغير الدين بالنسبة لدائنى الشركة المندمجة وهنا يجوز لهؤلاء الدائنين المطالبة

بديونهم فورا حيث أن اختفاء مدينهم الاصلى يعد بمثابة اضعاف للضمان الذى اعتمدوا عليه.

(راجع شركات المساهمة للدكتور محمد بك صالح طبعة ١٩٤٩)

مزايا الانتاج

تقول المذكرة الايضاحية للقانون الاول للاندماج فى التشريع المصرى ٥٤ لسنة ١٩٥٧ ما يأتى :

«توالى حكومة الثورة العمل على استقرار رؤوس الاموال المستغلة فى مصر وخلق الجو الملائم للانتاج السليم لفائدة الاقتصاد القومى وتشجيع اندماج شركات المساهمة وشركات .... فى شركات مساهمة للوصول الى وحدة انتاجية كبيرة تحتاجها مصر فى عصر الانشاء والتعمير لتتمكن من القيام بالمشروعات الاقتصادية الكبيرة لأن الهزيلة قد لا تقوى الاستمرار فى المضمار الاقتصادى- وفيها اتاحة الفرصة للاستمرار والبقاء على طريق الانتاج لما فى ذلك من خفض تكاليف الانتاج وامكان الاستفادة من استعمال الاساليب الفنية الحديثة والخبراء الصالحين».

ولعل هذه المذكرة الايضاحية قد استوعبت كل ما يمكن أن يقال فى مجال البحث عن مزايا الاندماج

فمن أهم مزاياه:

١ – دعم القوة الاقتصادية للمؤسسة الجديدة.
٢ – خفض النفقات العامة.
٣ – زيادة الائتمان.
٤ – توحيد الادارة.
٥ – انهاء المنافسة حين يقع الاندماج بين شركات تقوم بغرض واحد والمنافسة.
٦ – انقاذ شركة تتهاوى قبل أن تقع صريعة فى ميدان المنافسة.

٧ – قد تكون الشركات المندمجة ما يسميه علماء الاقتصاد «التكامل الرأسى» حين تندمج شركة مكملة للأخرى كشركة مثلا لبيع مصنوعات معينة مع شركة تنتج هذه المصنوعات . وقد يتكون من الشركات المندمجة ما يطلقون عليه «التكامل الافقى» حين يقع بين مؤسسات متحدة الاغراض كاندماج عدة مصانع لحلج القطن مثلا.

مساوىء الاندماج

إذا كان للاندماج ما سبق ايضاحه من مزايا فإنه ايضا لا يخلو من العيوب:

أولا : أن تعدد المؤسسات المنضمة يؤدى الى تفتيت المسئولية وتشتيت الجهود.

ثانيا : ضعف الرقابة المباشرة لصعوبة العثور على الكفاءات التى تحقق التماسك بين مختلف المؤسسات والاحاطة اجمالا بشئون الادارة اعمالا للقاعدة «حيث تكون السلطة تكون المسئولية».

ويؤدى الاندماج الى البعد عن ازواج الوظائف الرئيسية جريا وراء تخفيض النفقات.

ثالثا : قد يأخذ صورة من صور الكارتل وهو يؤدى الى اوخم العواقب المعروفة عنه.

أنواع اخرى من اتحاد الشركات

لقد ازدادت فى القرن الاخير حركة التركيز التجارى والصناعى فى جميع الدولة المتحضرة وعلى الاخص فى الولايات المتحدة والمانيا وقد عرف هذا التركيز بالشركات الموحدة والكارتل كما عرفت الولايات المتحدة نوع خاص من هذا التركيز سمى «الترست Trast». وهذا

الترست كما هو معروف ينتج عن اندماج عدة شركات فى شركة واحدة بطريقة اما أن تكون ظاهرة أو تكون خفية ومن أمثلته اندماج صناعة الفولاذ حيث أن اتحاده ينتج ما يقرب من نصف انتاج الولايات المتحدة منه.

وللترست أكثر من شكل:

فقد تندمج فيه كل الشركات فى شركة واحدة.

وقد تحتفظ الشركات بشكلها ويتملك كل أو بعض اسهمها «ترست» يطلقون عليه Holding Fruat يتولى تعيين مجلس ادارتها ويوجهها كيفما شاء، وبهذه الطريقة تمكنت هذه المنشآت من احتكار فروعا كثيرة فى الصناعة والتجارة - مما روع انصار المنافسة الحرة فقامت الولايات المتحدة تقاوم هذه المنظمات وصدر بشأن ذلك الأمر قانون Cherman عام ١٨٩٠ حيث نص على عقاب كل من يحاول احتكار أى نوع من فروع التجارة واعتبر ما يبرم من عقود لهذا الغرض مشوبة بالبطلان. الا أن رجال المال القائمين على هذه الحركة لم يعدموا الوسيلة للهروب من احكام هذا القانون بادماج شركات تنهج على المبالغة فى تقويم رأس مال الشركة المندمجة بمضاعفة قيمة الحصص العينية - فتعطى هذه الاسهم ربحا اكثر من قيمتها الحقيقية ولا تلبث أن تهبط قيمتها بغد أن يكون الجمهور قد اشتراها وتقع عليه بعد ذلك كل خسارة - وهذه الطريقة يسمونها Watering تشبها بطريقة بائع اللبن الذى يضيف الماء الى ما يبيعه منه.

التشريع الجنائى المصرى والاحتكار

لقد اورد المشرع المصرى مادتين فى قانون العقوبات تمسان هذا الموضوع اصبحا متهالكين لما انقضى عليهما من زمان يوضحه اسلوبهما الركيك:

مادة ٣٤٥

«الاشخاص الذين تسببوا فى علو او انحطاط اسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها فى المعاملات التجارية بنشرهم عمدا بين الناس اخبارا أو اعلانات مزورة أو مفتراه أو باعطائهم للبائع ثمنا ازيد مما طلبه بتواطئهم مع مشاهير التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعة أو غلال على عدم بيعه اصلا أو على منع بيعه بثمن اقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأية طريقة احتيالية أخرى يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين فقط».

«يضاعف الحد الاقصى المقرر لعقوبة الحبس المنصوص عنها فى المادة السابقة إذا حصلت تلك الحيلة فيما يتعلق بسعر اللحوم أو الخبز أو حطب الوقود والفحم أو نحو ذلك من الحاجات الضرورية».

ان اغراض الكارتل لا ترمى الى احتكار أى فرع من فروع الصناعة أو التجارة باعتبار أن اغراضه تنحصر فيما يأتى:

١ - تحديد مناطق لكل شركة منعا من المنافسة.
٢ - تحريم البيع بأقل من ثمن ادنى محدد.
٣ - تحديد كمية العمل لكل عضو منه.
٤ - تجميع الطلبات فى مكتب معين وتقسيمه بنسبة معينة على الاعضاء.

٥ - ايداع ارباح الاعضاء صندوق مشترك وتوزع بينهم بنسبة معينة.

وتحقيقا لتنفيذ اغراضه يضع الاعضاء شرطا جزائيا يتم توقيعه على المخالف ومن امثلته أن يوقع كل عضو كمبيالة بمبلغ التعويض المستفيد فيها اما الكارتل أو شخص موثوق فيه.

ومن الواضح أنه لا تعارض «للكارتل للشراء» مع حكم المادة ٣٤٥ عقوبات لعدم سريانها على الكارتل المكون لشراء المواد الخام الا إذا كان الغرض منه غلو الاسعار أو انحطاطها بطرق تدليسية.

ويعمل الكارتل للشراء على تركيز ما يشتريه الاعضاء فى مكتب واحد اقتصادا فى النفقات ومنعا من تحكم البائعين.

كذلك لا يتعارض فى الكارتل لتحديد كمية اعمال كل عضو مع المادة ٣٤٥ عقوبات حيث أن ما تحرمه هذه المادة هو الانفاق على احتكار صناعة أو سلعة والاستفادة من القضاء على المنافسة لرفع الاسعار بطرق احتيالية.

وقد يتخذ الكارتل شكل شركة مساهمة يكتتب فى اسهمها الاعضاء فقط كما قد يتخذ صورة شركة تضامن حين يكون عدد الاعضاء قليلا.

واخيرا فإنه يلزم التنويه الى حالة ترتبط ارتباطا وثيقا بما سبق ايضاحه بالنسبة للشخصية الاعتبارية للشركات وهى أن نقل نشاط شركة الى شركة اخرى كحصة عينية فى رأسمالها مع احتفاظ الشركة الاولى بشخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية لا يعد اندماجا فى حكم القانون بل تبقى الشركة الأولى مسئولية عن الديون المتعلقة بهذا النشاط فى ذمتها المالية التى لم تندمج ببقائها مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة بشخصيتها الاعتبارية.

ان المحاماه هى مهنة الحرية والكرامة والكفاح فى مختلف مناحى الحياة وفى كل زمان ومكان .

«شيخ القضاه الاستاذ الجليل»
مصطفى مرعى
المحامى

إساءة إستخدام الحق فى الأدعاء المباشر

للسيد الأستاذ / صابر الرماح
المحامى بالأستئناف العالى

يتناول البحث بيان طبيعة الادعاء المباشر ثم بيان مشكلة إساءة استعمال هذا الحق وبيان الوسائل الفقهية المقترحة لعلاج هذه المشكلة ثم دعوة المشرع المصرى الى التدخل بتعديل تشريعى لعلاج هذه المشكلة.

طبيعة الادعاء المباشر:

الادعاء المباشر هو اجراء يجوز بمقتضاه للمدعى بالحقوق المدنية فى مواد المخالفات والجنح أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة لسماع الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التى اصابته من الجريمة ويترتب قانونا على رفع الدعوى المدنية بطريق الادعاء المباشر أمام المحكمة الجنائية تحريك الدعوى الجنائية تبعا لها.

والادعاء المباشر حق لمن اصابه ضرر من الجريمة مستمد من نص المادة ٢٣٢ من قانون الاجراءات الجنائية التى تنص «تحال الدعوى الى محكمة الجنح والمخالفات بناء على أمر يصدر من قاضى التحقيق أو محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة العامة أو من المدعى بالحقوق المدنية .....».

والأصل أن النيابة العامة هى صاحبة الولاية العامة فى تحريك الدعوى الجنائية ورفعها الى القضاء ومباشرتها أمامه الى حين صدور حكم بات فيها وإسناد هذا الاختصاص الى النيابة وحدها دون غيرها إنما يرجع الى كونها تمثل المجتمع وتنوب عنه فى تطبيق أحكام القانون الجنائى باعتبار أن هذا التطبيق هو الذى يحقق الأمن لمجموعة المصالح العامة الجديرة بالحماية[1].

واستثناء من هذا الأصل العام منح المشرع الجنائى للمضرور من الجريمة بموجب المادة ٢٣٢ اجراءات الحق فى تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم بإقامته دعواه المدنية مباشرة أمام القضاء الجنائى بتكليفه للمتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية.

والحق فى الادعاء المباشر على هذا النحو هو نوع من الرقابة على سلطة الاتهام «النيابة العامة» إذا تقاعست عن تحريك الدعوى الجنائية[2].

ويتطلب امكان تحريك الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر توافر شروط متعددة هى:

أولا : أن يصدر الادعاء من صاحب حق فيه وهو المجنى عليه ويشترط أن يلحقه من الجريمة ضرر مادى أو أدبى وهو حق شخصى بحت.

ثانيا : أن تكون الواقعة جنحة أو مخالفة.

ثالثا : ألا يكون فيها تحقيق لا يزال مفتوحا.

رابعا : ألا يكون قد صدر فيها قرار نهائى بأن لا وجه لاقامة الدعوى.

خامسا : أن تكون الدعوى الجنائية مقبولة.

سادسا : أن تكون الدعوى المدنية جائزة القبول ومرفوعة بإجراءات صحيحة.

إساءة استعمال حق الادعاء المباشر:

وإن كان الحق فى الادعاء المباشر هو من الحقوق المقررة للمجنى عليه المضرور ضررا شخصيا ماديا أو معنويا من الجريمة ويتيح له الحق فى الرقابة على سلطة الاتهام إذا تقاعست عن تحريك الدعوى العمومية فى مواد الجنح والمخالفات، إلا أن الواقع العملى قد أبان أن الكثرة الغالبة من هذه الدعاوى تتخذ وسيلة لتحقيق أهداف عديدة كثيراً ما تبعد عن الغاية التى تغياها المشرع من تقرير هذا الحق مما يسبب للمتهم بسبب اتهامه أمام القضاء الجنائى وما يترتب على ذلك من اساءة لسمعته والتشهير به آلاما نفسية قد يبعد مداها وقد تكون لها انعكاساتها على وضعه الاجتماعى فما هى الضمانات لتفادى إساءة استعمال هذا الحق؟

من البديهى أنه إذا كان المدعى بالحق المدنى قد رفع دعواه بحسن نية واستند فيها الى اسباب معقولة فإنه لا يوقع عليه أى جزاء حتى لو قضى ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية المرفوعة عليه أو الحكم بعدم الاختصاص بنظرها. ولكن فيما عدا هذا الفرض يجب أن نميز بين ما إذا كانت إساءة استعمال حق الادعاء المباشر بقصد الاضرار بالمدعى عليه أو بناء على خطأ إذ يقرر المشرع جزاء للحالة الأولى فضلا عن التعويض هو توقيع عقوبة جريمة البلاغ الكاذب ويقتصر فى الحالة الثانية على تعويض المتهم فقط(٣).

فإذا توافر قصد الاضرار لدى المدعى بالحق المدنى فإنه يمكن أن يوقع عليه فضلا عن الجزاء المدنى المتمثل فى تعويض المتهم عن الضرر الذى ناله من رفع الدعوى المباشرة عليه جزاء جنائى يتمثل فى عقوبة جريمة البلاغ الكاذب إذا ثبت توافر اركانها إذ يعتبر الادعاء المباشر بمثابة بلاغ عن الجريمة الى الجهة المختصة وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه «من المقرر أن حق الالتجاء الى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيديا ابتغاء مضارة الغير فإذا تبين أن المدعى كان مبطلاً فى دعواه ولم يقصد إلا مضارة خصمه والنكاية به فإنه لا يكون قد باشر حقا مقررا فى القانون بل يكون عمله خطأ وتحق مساءلته عن تعويض بالاضرار التى تلحق الغير بسبب اساءة استعمال هذا الحق»(٤).

وإذا لم يتوافر لدى المدعى المدنى غير مجرد الخطأ فإن الجزاء الوحيد الذى يمكن توقيعه عليه هو الحكم عليه بالتعويض للمتهم فى نفس الحكم الصادر بالبراءة ورفض الدعوى المدنية على أن ذلك متوقف على طلب المتهم وقد تضمنت هذا الحكم المادة ٢٦٧ من قانون الاجراءات الجنائية التى تنص «للمتهم أن يطالب

المدعى بالحقوق المدنية امام المحكمة الجنائية بتعـويض الضرر الذى لحقه بسبب رفع الدعوى المدنية عليه إذا كان لذلك وجه». وهو ما يسمى بالدعوى المدنية التبعية.

ويجب ألا يغيب عـن الأذهان أنه لا يكفى للحكم على المدعـى بالحقوق المدنيـة بتعويض المتهم مجرد الحكم ببراءة الأخير ورفض الدعوى المدنية ضده وانما يجب أن يثبت تحقق الخطأ من جانب المدعى المدنى إذ أن الخطأ هو أساس التعويض ويتخذ الخطأ فى هذه الحالة صورة عدم التروى أو التبصر وقد قضى تطبيقا لذلك بأنه «إذا رأت المحكمة المتهم من تهمـة البلاغ الكاذب لعدم وجـود القصد الجنائى جاز لها مع ذلك أن تحكم عليه بالتعويض للمبلغ ضده إذا كان قد لحق الأخير ضرر من التهمة التى اسندت اليه بغير ترو وتبصر من المبلغ»(٥).

والسؤال المطروح إذا كان حق الادعاء المباشر يعد من الضمانات الأساسية للحقوق الفردية يتيح للفرد حق مراقبة سلطة الاتهام إذا تقاعست عن تحريك الدعوى العمومية فى مواد الجنح والمخالفات فما هى الوسائل المقترحة لعلاج اساءة استخدام هذا الحق؟

أولا : الزام المدعى المدنى بايداع كفالة:

من الوسائل التى يمكن الالتجاء اليها فى سبيل مكافحة اساءة استعمال حق الادعاء المباشر الزام المدعى بالحقوق المدنية بايداع كفالة كشرط لقبول ادعائه امام القضاء الجنائى فهذا الالتزام يقيد ويحد من استعمال هذا الحق(٦).

وقد أخذ على هذه الوسيلة أنها لا تكفى لتأمين تعويض المتهم فى حالة ثبوت اساءة استعمال حق الادعاء المباشر.

ثانيا : جواز رفع دعوى البلاغ الكاذب أمام نفس المحكمة:

قد لا تهتم النيابة العامة بملاحقة جريمة البلاغ الكاذب التى تتوافر أركانها بالنسبة لفعل المدعى المدنى كما أن الملاحقة التى يجريها المتهم عن هذه الجريمة لا تكون سريعة نظرا لأنها تفترض حكما حاز قوة الأمر المقضى فى البلاغ وكذلك فإن الوضع الأفضل لعلاج هذا القصور هو تخويل المتهم وسيلـة ملاحقة هذه الجريمة عن طريق سهل وفعال وذلك بتمكينه من تقديم ادعاء مباشر الى نفس المحكمة عن جريمة البلاغ الكاذب التى ارتكبها المدعى فيترتب على ذلك التزام المحكمة بالفصل فى الدعوى الاصلية التى حركها المدعى المدنى والدعوى الثانية المتعلقة بجريمة البلاغ الكاذب وتقضى المحكمة فى الدعويين معا.

ثالثا : عدم الزام المتهم بالحضور

قد يكون القصد من تحريك المدعى المدنـى للدعـوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر هو الكيد، للمتهـم والاساءة اليه حيث يكون ملزماً بالحضور كمتهم امام المحكمة الجنائية فى كثير من الأحيان حيث تنص المادة ٢٣٧ من قانون الأجراءات الجنائية «يجب على المتهم فى جنحة معاقب عليها بالحـبس أن يحضر بنفسه أما فى الجنح الأخرى والمخالفات فيجوز أن ينيب عنه وكيلا لتقديم دفاعه مع عدم الاخلال بما للمحكمة من الحق فـى أن تأمـر بحضوره شخصيا».

وندرءاً لهذا الكيد دعا الفقه

الى تعميم هذا الحل[٧].

رابعا : توقيع عقوبة الغرامة على من يسيء استعمال حق الادعاء المباشر:

يرى انصار هذا الرأى أن للقاضى من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم إذا تبين له خطأ المدعى المدنى فى إستعمال حق الادعاء المباشر أن يوقع عليه عقوبة الغرامة.

ويؤيد هذا الرأى وجهة نظره بحجتين:

الأولى: ما ذهب اليه القانون الانجليزى من تجريم كل فعل أو امتناع يتعارض مع الاحترام الواجب للقاضى ويدخل فى هذا النطاق الواسع المرن اساءة استعمال وسائل الاجراءات الجنائية لتحقيق أغراض مدنية.

الثانية : أن القانون يعاقب الشاهد الذى يخل بعدم حضوره بسير العدالة فلماذا لا نعاقب المدعى المدنى الذى يقلق بخطئه العدالة؟

دعوة الى المشرع المصرى:

أصبح الادعاء المباشر شائعا فى الحياة العملية بصورة تقلق المتقاضين وترهق العدالة فالبعض يستغله سلاحاً للتشهير بالمتهم ووسيلة للكيد والانتقال بأن يقف خصمه أمام القضاء وعلى رأسه سيف الاتهام كما يستخدمه البعض كوسيلة لخدمة الدعاوى المدنية بغير وجه حق.

وإذا كان الادعاء المباشر في حدا ذاته يعد من الضمانات الأساسية للحقوق الفردية يتيح للفرد حق مراقبة النيابة العامة إذا تقاعست عن تحريك الدعوى العمومية فى مواد الجنح والمخالفات فإن هذا الحق لابد وأن يحاط بسياج من الضمانات تكفل عدم إساءة استخدامه.

ونناشد المشرع المصرى التدخل بنص تشريعى يلزم المدعى المدنى بأيداع كفالة تصادر فى حالة رفض الادعاء وأن يخول النص القاضى الجنائى الحق فى توقيع غرامة من تلقاء نفسه على المدعى المدنى فى حالة اساءة استخدام هذا الحق وتوجد سوابق فى القانون المصرى منها أن المشرع فى المادة ٩٩ مرافعات خول المحكمة أن تحكم على من يتخلف من العاملين بها أو الخصوم عن ايداع المستندات أو عن القيام بأى اجراء من اجراءات المرافعات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات ويكون ذلك بقرار يثبت فى محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية الخ....».

ومنها حق المحكمة فى تغريم المدعى إذا اقام دعواه امام محكمة غير مختصة م/١١٠ مرافعات.

ومنها حق المحكمة فى تغريم الشاهد إذا تخلف عن الحضور بعد تكليفه م/٢٧٩ اجراءات.

وتجدر الاشارة الى أن النص المقترح يستند الى ضرورة إحترام أصول التقاضى وأن للمحكمة الحق فى تغريم الخصوم إذا أساءوا استخدام هذا الحق.

خاتمة :

وبعد لا يسعنا فى النهاية الا اعادة مناشدة المشرع المصرى ليتدخل بهذ التعديل التشريعى ليستقيم ميزان الحق فى الادعاء المباشر بما يعود على المجتمع بالنفع ويخفف من تكدس القضايا أمام المحاكم.

وعلى الله توكلنا وإليه سبحانه أنبنا وإليه المصير

هوامش

(١) الاجراءات الجنائية د. محمد زكى أبو عامر طبعة ص ٤٠٢.

(٢) مبادىء الاجراءات الجنائية د. رؤوف عبيد ص ١٠٤ طبعة ١٩٨٢.

(٣) د. فوزية عبد الستار الإدعاء المباشر فى الاجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٧ ص ١٧٣.

(٤) نقض ٢٦ يونية سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٢١٣ ص ٩٥٣.

(٥) نقض ٢٤ يونية ١٩٠٨ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٨١.

(٦) د. فوزية عبد الستار المرجع السابق بند ١٢٠ ص ١٨٠.

(٧) د. فوزية عبد الستار المرجع السابق ص ١٨١.

قد تخفى الثياب الجميلة حقيقة الانسان .. ولكن الكلمات الحمقاء سوف تكشفه بسهولة .

« جان جاك روسو »

بحث فى الشروط الموضوعية لدعوى الالغاء
أوجه الغاء القرار الإدارى

للسيد الأستاذ / السعيد ابراهيم قصه
المحامى بالأستئناف العالى

استكمالا لبحثنا السابق والمنشور بمجلة المحاماه عن ميعاد الطعن بالالغاء فى القرار الادارى فاننا نقدم للسادة الزملاء هذا البحث لارتباطه ارتباطا لا يقبل التجزئة .. والله الموفق .

مقدمة :

بعد أن يفصل القضاء فى مسألة الاختصاص ثم مسألة قبول الدعوى ينتقل الى مرحلة الفصل فى موضوع الدعوى ومعنى ذلك بالنسبة للالغاء أن تبحث المحكمة عناصر مشروعية القرار المطعون بالغاءه حتى تستطيع الحكم فى الدعوى فالغاء القرار الادارى قضائيا لا يكون الا بسبب عدم مشروعيته بعكس الالغاء الادارى الذى قد يكون بسبب عدم المشروعية أو عدم الملاءمة .

وعيوب القرار الادارى التى تؤدى الى عدم مشروعيته - ومن ثم الغائه اذا طلب صاحب الشأن ذلك قضائيا . ترتبط وفقا للاتجاه الفقهى الحديث بعناصر « أى أركان » القرار الادارى :

وأركان القرار الادارى خمسة هى :

(١) الاختصاص : أى افصاح الادارة عن ارادتها وفقا لحدود الاختصاص المرسومة لها .

(٢) الشكل : أى افصاح الادارة عن ارادتها وفقا للشكل المقرر والواجب الاتباع .

(٣) المحل : محل القرار الادارى هو الأثر القانونى المباشر الذى يحدثه القرار .

(٤) السبب : هو الحالة القانونية أو الواقعية التى تسبق القرار وتكون الواقع لوجوده .

(٥) الغاية : غاية القرار هى النتيجة النهائية التى يراد الوصول اليها باتخاذه .

وكل خلل يصيب أى ركن من أركان القرار الادارى يكون عيبا فيه يجعله غير مشروع ويصبح موضعا للطعن بالالغاء للتخلص منه واستبعاد آثاره .

ويترتب على ما تقدم أن عيوب القرار الادارى التى يلغى قضائ[illegible] سى أساسها هى ما يأتى :

١ - عيب عدم الاختصاص : ويستند اليه الهيئة أو العضو الذى عهد اليه القانون بمباشرة القيام بعمل من الأعمال .

٢ - عيب الشكل : ويرجع الى ما يجب اتباعه من أشكال للافصاح عن ارادة الادارة .

٣ - عيب مخالفة القانون : ويتصل بمحل القرار الادارى .

٤ - عيب السبب : ويرتبط بالحالة الواقعية والقانونية التى تسبق القرار .

٥ - عيب اساءة استعمال السلطة : ويرتبط بالغاية المراد تحقيقها من اصدار القرار .

ويلاحظ أن هذه العيوب تقرر فى فرنسا عن طريق القضاء الادارى الذى سلك فى سبيل تقريرها سنة التدرج والتطور ولكن لم يحدث مثل هذا التطور عندنا فى مصر اذ أن المشرع سجل هذه العيوب التى تشوب القرار الادارى وذلك فى قانون مجلس عند انشائه ثم فى قوانينه المتعاقبة ، فنجد المادة الثامنة من القانون الحالى للمجلس تنص على أنه يجب أن يكون مرجع الطعن ضد القرار الادارى لالغائه هو حالة عدم الاختصاص أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها وتأويلها أو اساءة استعمال السلطة فهذه المادة الثامنة من قانون المجلس قررت أوجه الالغاء الخمسة السائدة قضائيا فى فرنسا - ونلفت النظر فقط الى أن عبارة - الخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله الواردة فى المادة المذكورة انما تشير فى الواقع الى عيب السبب لأن الخطأ فى تكييف الحالة القانونية أو الواقعية التى تسبق القرار تؤدى الى الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله .

ونعرض تباعا بايجاز للعيوب المختلفة للقرار الادارى :

أولا : عيب عدم الاختصاص :

يراد بعدم الاختصاص عدم القدرة على اتخاذ قرار معين وذلك لضرورة صدوره من عضو أو هيئة أخرى - ويشبه البعض عدم الاختصاص فى القانون العام بعدم الأهلية فى القانون الخاص ذلك أن الشخص غير المختص وناقص الأهلية كلاهما غير قادر على القيام بعمل قانونى معين ولكن يوجد بينهما من حيث الهدف ذلك أن قواعد الاختصاص - تهدف الى حماية المصلحة العامة بينما قواعد الاهلية ترمى الى حماية الشخص ذاته ويتحدد الاختصاص بالقانون أو بالمبادىء القانونية العامة .

خصائص عيب عدم الاختصاص :

أ - يتعلق هذا الوجه من أوجه الالغاء العام ومن ثم فان القاضى يتصدى له من تلقاء نفسه .

ب - لا يمكن تصحيحه باجراء لاحق .

جـ - لا يجوز للادارة أن تتفق على تعديل قواعد الاختصاص .

وقد يتخذ عدم الاختصاص مظهرا ايجابيا أو سلبيا فيكون ايجابيا عندما تصدر جهة ادارية معينة قرار هو من اختصاص جهة ادارية أخرى ويكون سلبيا عندما ترفض الجهة الادارية المختصة اصدار قرار ادارى معين اعتقادا منها أنه لا يدخل فى اختصاصها ففى المظهرين يكون القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص .

صور عدم الاختصاص :

قد يكون عيب عدم الاختصاص بسيطا وقد يكون جسيما ونوضح النوعين فيما يلى :

عيب عدم الاختصاص البسيط ويظهر فى الحالات الآتية :

أولا : عدم الاختصاص من حيث المكان ويحدث ذلك عندما توجد مسألة فى النطاق الاقليمى لأكثر من عضو ادارى .

ثانيا : عدم الاختصاص

من حيث الزمان كأن يصدر قرار من موظف أنتهت خدمته وترك الوظيفة نهائيا أو نقل الى وظيفة أخرى فاختصاص الموظف مرهون بالمدة التى يتولى فيها أمر الوظيفة كما أنه لا يجوز له اتخاذ قرارات يكون حق اصدارها من اختصاص من يخلفه فى العمل كذلك اذا صدر القرار بعد الميعاد الذى حدده القانون يكون معيبا بعيب عدم الاختصاص .

ثالثا : عدم الاختصاص من حيث الموضوع :

ويحدث ذلك فى حالات اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية أو اعتداء سلطة أدنى على اختصاص سلطة أعلى أو العكس أو اعتداء جهة ادارية على اختصاص جهة ادارية أخرى مساوية لها فى الدرجة مثل اعتداء وزير على اختصاص وزير آخر .

عيب الاختصاص الجسيم (ويطلق عليه اصطلاح اغتصاب السلطة)

ويحدث ذلك فى الحالات الآتية :

١ - حالة صدور قرار من فرد عادى ليس موظفا أو من هيئة خاصة لا تملك اطلاقا حق مباشرة اختصاصات ادارية - نشير كذلك الى حالة الشخص الذى يعين فى وظيفة ثم يمارس اختصاصه ويصدر بناء عليه قرارات ادارية بعد ذلك يلغى قرار تعيينه بناء على طعن رفع ضده من صاحب مصلحة فى هذه الحالة نظراً لأن الالغاء يكون بأثر رجعى فان الموظف وأن أتخذ مظهر الموظف الأصيل الذى عين بطريقة قانونية الا أنه فى الحقيقة لا يعتبر موظفا قانونيا وانما هو موظف فعلى بهذه المثابة تعتبر قراراته التى أصدرها كأنها صادرة من فرد عادى ولكن برغم ذلك لا ينظر الى هذه القرارات على أنها من قبيل اغتصاب السلطة بل أنها لاتعد مشوبة بعيب عدم الاختصاص البسيط وتصحيح القرارات فى هذه الحالة انما يستند الى نظرية الأوضاع الظاهرة والصالح العام يقتضى ويحبذ الاخذ بهذه الفكرة أحيانا وفى مثل الصورة المذكورة .

٢ - حالة اعتداء السلطة الادارية على اختصاصات السلطة التشريعية أو السلطة القضائية كأن تباشر السلطة الادارية عملا يدخل فى اختصاص السلطة التشريعية وحدها أو تصدر قرار بشأن موضوع من صميم اختصاص السلطة القضائية .

فى هذه الحالات نظرا لجسامة عيب الاختصاص فان القرار الادارى لا يعتبر باطلا فحسب بل يعتبر معدوما مع ما يترتب على هذا الوضع من نتائج .

ولقد سلم الفقه الفرنسى فى مجموعه بفكرة الانعدام ورتب عليها نتائجها وقد أقر مجلس الدولة الفرنسى أيضا فكرة الانعدام صراحة ورتب عليها نتائج هامة أما مجلس الدولة المصرى فانه اعتبر القرارات المشوبة بعيب اغتصاب السلطة معدومة من تاريخ متقدم كما أن قضاء المحكمة الادارية العليا فى هذا المجال لا يقل وضوحا ولا حسما عن قضاء محكمة القضاء الادارى فهى حين تعرض لهذا العيب فى حكمها الصادر فى ١٩٥٩/٦/٢٧ على سبيل المثال تقول (كان قرار الفصل معدوما وكأن لم يكن ولا تلحقه أية حصانه ولا يزيل انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه لانه عدم والعدم لا يقوم وساقط والساقط لا يعود .

تغطية عيب عدم الاختصاص قواعد عادية :

يقصد بذلك تغطية العيب المذكور بناء على التفويض أو الحلول .

ومعنى التفويض أن يعهد صاحب الاختصاص الاصيل من تلقاء نفسه ببعض اختصاصاته الى موظف آخر كى يزاولها بصفة مؤقته – أما الحلول فانه يحدث اذا طرأت ظروف تجعل صاحب الاختصاص الأصيل عاجزا عن ممارسة اختصاصه فينتقل الاختصاص هنا بقوة القانون الى من يحدده القانون سلفا ويستفاد مما تقدم أن التفويض يحتاج الى قرار صريح لانشائه ولا يمكن أن يكون التفويض الا جزيئا أو لا يتصور أن يكون شاملا لكل اختصاصات الأصيل لان ينقلب فى مثل هذه الصورة الى تفويض للسلطة وكأن الموظف عزل نفسه أو منحها أجازة دائمة وهذا غير سليم .

ولكن الحلول على عكس ذلك اذ يتم بقوة القانون ويكون شاملا لاختصاصات الاصيل ونبين الان الوضع القانونى لكل من التفويض والحلول ..

١ – التنظيم القانونى للتفويض :

يجب أن يجيز القانون التفويض ويبين سبيله ويلاحظ أن التفويض لا يتم الا بنفس الأداة المقررة للاختصاص .

٢ – يجب أن يكون صريحا أى يصدر به قرار خاص اذ أن التفويض لا يفترض ويجوز أن يكون شفويا وتنشأ صعوبة فى هذه الحالة تتعلق باثباته .

٣ – أن التفويض أمر شخصى بمعنى أنه ينتهى بخروج الشخص الذى صدر عنه (مثل استقالة الوزير الصادر عنه التفويض) وخروج الموظف الصادر اليه من دائرة العمل الذى يقوم به فى الادارة .

٤ – التفويض يجب أن يكون جزئيا فلا يصح أن يكون شاملا لكل اختصاصات الأصيل .

٥ – تفويض الاختصاصات المفوضة لا يجوز بمعنى أن من يصدر اليه تفويض ولا يصح ان يفوض بدوره غيره فيه .

٦ – ما هو موقف الموظف الذى فوض غيره فى بعض اختصاصاته بشأن المسائل محل التفويض ثم هل يجوز له رغم التفويض أن يمارس اختصاصه بشأن هذه المسائل أم يمتنع عليه ذلك طالما كان التفويض قائما ؟ هذه الحال مثار خلاف ونرى أنه من الأفضل وخضوعا لحكم المنطق أن التفويض يمنع الأصيل من ممارسة اختصاصاته فى المسائل موضوع التفويض .

٧ – الموظف الذى فوض غيره فى بعض اختصاصه لا يعد بمثابة الرئيس الادارى بالنسبة للقرارات الصادرة طبقا للتفويض .

التنظيم القانونى للحلول :

١ – يجب أن يستند الحلول على نص من نفس النصوص المنظمة للاختصاصات موضوع الحلول .

٢ – يتم بقوة القانون وبغير حاجة الى قرار خاص يعكس التفويض .

٣ – الحلول بعكس التفويض لا تسوده الصفة الشخصية لانه يتحدد بالقانون بطريقة مجردة .

٤ – الحلول كلى بمعنى أنه يشمل جميع الاختصاصات

المقررة للأصيل .

٥ - فى حالة الحلول حيث يتمتع الموظف بكل اختصاصات الاصيل يجوز له أن يلجأ الى التفويض الجزئى .

٦ - يرى مجلس الدولة الفرنسى أن الحلول لا يجب اختصاصات الاصيل نهائيا بل يجوز له أن يأتى من الأعمال ما يسمح به السبب الذى تقرر من أجله الحلول وهذا الرأى فى نظرنا غير سليم - لأن الحلول كما سبق القول كلى يشمل جميع الاختصاصات لانه يتم بقوة القانون - ويكون للموظف نفس المركز القانونى السابق .

٧ - يجب على الأصيل فى حالة الحلول أن يحترم القرارات الصادرة من نائبه فى غيبته .

٢ - عيب الاختصاص المكانى :

ويقصد به أن يصدر أحد رجال الإدارة قرارا يمتد أثره الى خارج الحدود الاقليمية الموضوعة لمزاولة اختصاصه ذلك أنه اذا كان لبعض رجال الادارة أن يمارسوا اختصاصهم على اقليم الدولة كله كرئيس الدولة ونوابه والوزراء ونوابهم كل فيما يدخل فى اختصاصه فان المشرع كثيرا ما يحدد النطاق المكانى الذى لا يجوز لرجل الادارة أن يتعداه حين يمارس اختصاصه وبهذا المعنى لا يجوز لمحافظ اقليم أن يصدر قرارات ادارية لتنفذ فى نطاق محافظة أخرى .

٣ - عيب الاختصاص الزمنى :

ويقصد به أن يزاول أحد رجال الادارة اختصاصه دون مراعاة القيود الزمنية الموضوعية لذلك فالموظف تنتهى خدمته عند حد معين يفقد بعده كل صفة فى مزاولة الاعمال العامة كما أن المجالس المنتجة لها مدة معروفة وادوار انعقادها محدده سلفا وعليها أن تحترمها ومخالفتها تؤدى الى ابطال القرارات التى تصدر على خلافها .

ثانيا: عيب مخالفة الشكل أو الاجراءات :

يقصد بذلك العيب عدم التزام الجهة الادارية بالاجراءات والشكليات المطلوبة لاصدار القرارات الادارية بتجاهلها واسقاطها كلية أو بمخالفتها وهذ الوضع لا يمنع من أن قرارات عديدة لا تتقيد فى صدورها باجراءات أو شكليات خاصة بل قد تكون شفوية فليس ضروريا أن تكون مكتوبة ولكن ذلك الحال لا يعتبر القاعدة وانما الشائع هو اشتراط القانون أو المبادىء القانونية العامة بعض اجراءات وشكليات معينة يتحتم على الادارة اتباعها لاصدار قراراتها والغرض من تقرير هذه الشكليات حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على السواء ولكن يجب عدم الاسراف فى تقرير الشكليات حتى لا تتعقد الامور وينقلب الهدف منها الى عكسه فتضار المصلحتان العامة والخاصة - ويلاحظ أن مخالفة الشكل أو الاجراءات المطلوبة لصدور القرار لا تؤدى دائما وحتما الى بطلانه وبالتالى الى الغائه وانما تجب التفرقة فى هذا المجال بين نوعين من المخالفة .

النوع الأول : مخالفات الشكليات الجوهرية :

وهذه تصيب القرار وتجعله معرضا للالغاء .

النوع الثانى : مخالفة الشكليات الثانوية :

وهذه لا تؤثر على مصلحة

القرار الادارى .

معيار التفرقة بين الشكليات الجوهرية والثانوية :

بعتد... ـراء
ـ عليه
. أو اذا
فى حالة
الاجراء
، حالة سكوت
القان... ـد الشكل أو الاجراء – جوهريا اذا كان فى استطاعته أن يغير القرار الادارى الذى اتخذ بمعنى أن يكون له أثر حاسم على مسلك الادارة وهى تحدد مضمون القرار فاذا لم يكن الاجراء كذلك أعتبر ثانويا ولا يعتبر تجاهله عيبا يؤثر فى شرعية القرار ومن أمثلة الشكليات الجوهرية استلزام القانون أخذ رأى فرد أو هيئة قبل اصدار القرار والاجراءات التى يقررها القانون وتأخذ صفة الضمانات الفردية والتأديبية مثل حق الدفاع وما يتصل به وتشكيل الهيئات التأديبية واجراءات المحاكمة أمامها والطريق الذى تتبعه لأداء مهمتها .

حالات تغطية عيب الشكل والاجراءات :

لا تثور فكرة تغطية عيب الشكل الا بالنسبة للشكليات الجوهرية لأن تجاهل الشكليات الثانوية لايؤثر كما عرفنا على مشروعية القرار – ومخالفة الشكل الجوهرى وان كانت تعيب القرار الا أنه فى بعض الظروف وبعض الوسائل يمكن تصحيح العيب حيث يعتبر القرار عندئذ سليما ونوضح ذلك فيما يلى :

١ – الظروف الاستثنائية : تغطى عيب الشكل اذ قد يضطر الادارة الى اغفال بعض الشكليات تحت ضغط هذه الظروف ولكن القضاء جرى على الحكم بصحة القرارات فى هذه الحالة بناء على فكرة المشروعية التى أوجدها فى تلك الظروف .

٢ – رضا صاحب الشأن بالقرار المعيب :

المسألة هنا خلافية ويذهب رأى فى الفقه والقضاء الى أن هذا الرضاء يغطى عيب الشكل ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بعد ذلك ولكن اذا نظرنا الى أن الشكل الجوهرى يتعلق الى حد كبير بالنظام العام فان الرضا السابق بالقرار المعيب يكون عديم الأثر فى تغطية عيب الشكل .

٣ – الاتمام اللاحق للشكليات :

هذه المسألة خلافية فى الفقه والقضاء اذ يوجد اتجاه يرفض التسليم بأن الاتمام اللاحق للشكليات يغطى العيب لأن التصحيح سيكون بأثر رجعى وهذا غير جائز ولكن هناك اتجاه آخر يوافق على تصحيح الاجراءات الشكلية بعد صدور القرار ومن ثم فان عيب الشكل يمكن تغطيته فى هذه الحالة وذهب رأى الى أن التصحيح اللاحق يكون جائزا اذا انصب على خطأ مادى فقط .

٤ – حالة استحالة اتمام الشكليات :

تعتبر هذه الحالة تطبيقا لفكرة القوة القاهرة وهى تغطى عيب الشكل ونحن لا نحبذ التوسع فى تمكين الادارة من تصحيح عيب الشكل فالاجراءات الشكلية تقوم كضمان للتروى وعدم التسرع واتاحة الفرصة لدى المصلحة لتصير الادارة بوجه الصالح العام ويكفى فى هذا الصدد التفرقة بين الشكلية الثانوية التى لا تؤثر على سلامة القرار وبين الشكلية الجوهرية

التى يتعين استيفاءها ابتداء والتى لا يجوز للادارة أن تصححها لتعطى القرار أثرا رجعيا لأن معنى ذلك منح الادارة رخصة الخروج على قواعد الشكل على أن تصحيح الأوضاع الشكلية فى ميعاد لاحق بعد أن تكون قد وضعت المواطنين امام الامر الواقع مما يتنافى مع المحكمة التى تقوم عليها الاجراءات والشكل .

ثالثا : عيب مخالفة القانون (العيب المتصل بمحل القرار)

عبرت عن هذا الوجه الثالث من أوجه الالغاء المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بقولها أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها او تأويلها وهذا الاصطلاح لو أخذ به على اطلاقه لشمل جميع أوجه الالغاء لأن القانون بالمعنى العام هو الذى يحدد قواعد الاختصاص وقواعد الشكل ولمواجهة هذا النقد جزئيا فان الفقهاء يستبدلون بعبارة - مخالفة القانون اصطلاح - مخالفة القواعد القانونية وهذا العيب أهم أوجه الالغاء وعلى الاطلاق وأكثرها تطبيقا فى العمل فرقابة القضاء الادارى فيما يتعلق بالاختصاص والشكل هى رقابة خارجية بعيدة عن فحوى القرار المطعون فيه أما رقابته فيما يتعلق بمخالفة القواعد القانونية فانها رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار الادارى لاحكام القانون العام ومحل القرار الادارى وهو الأثر القانونى الذى يترتب عليه حالا ومباشرة هذا الأثر القانونى ويجب أن تكون ممكنا وجائزا وقائما على سبب قانونى يبرره وهذه العناصر كلها يخضعها القضاء لرقابته .

ونوضح بخصوص هذا العيب عدة مسائل هى - المقصود بمحل القرار ، المقصود بكلمة القانون وصور مخالفة القانون وكيفية تغطية هذا العيب .

أولا : محل القرار الادارى :

ان محل التصرف القانونى بصفه عامة هو الأثر الذى يحدثه القرار فى الحالة القانونية القائمة وذلك بانشاء مركز قانونى جديد أو تعديل مركز قانونى قديم أو الغائه - ومحل القرار الادارى مثل التصرفات القانونية كلها يجب ان يكون ممكنا وجائزا قانونا ومعنى كون محل القرار ممكنا أن الادارة اذا أصدرت قرارا كان من المستحيل تنفيذه سواء بالنسبة للافراد أو الموظفين العموميين لانه أى القرار يعد باطلا تطبيقا للقاعدة الأصولية التى تقضى بأنه لا يكلف أحد بمستحيل .

ومعنى كون محل القرار جائزا :

ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب أو حكم القانون فالقرار الذى يقضى بأمر مخالف للنظام العام مثلا باطل بلا شك لانه يقوم على محل غير جائز والقرار الذى يتضمن تسليم بعض اللاجئين السياسيين باطل لمخالفته لنص الدستور .

ثانيا : المقصود بكلمة القانون :

يقصد بذلك القواعد القانونية المكتوبة (الدستور والقانون العادى) واللوائح والتعليمات والمنشورات المصلحية اللائحية وكذلك القواعد العرفية والمبادىء العامة للقانون العام وأحكام القضاء المتمتعة بقوة الشىء المقضى به (أى ذات الحجية) والعقود الادارية والقرارات الادارية السابقة .

ومعنى ذلك أن كلمة القانون فى مجال عيب مخالفة القانون لا يقصد بها فقط القوانين التى تضعها السلطة التشريعية وانما تصرف الى كل قاعدة قانونية بالمعنى السابق وحسب تدرج القواعد القانونية يكون هذا القرار معيبا بعيب مخالفة القانون .. ويلاحظ أن المبادىء القانونية العامة تساوى فى قوتها قوة التشريعات العادية وهى مبادىء غير مكتوبة يستخلصها القضاء من الاتجاهات العامة للتشريع ويجب على الادارة احترامها وهى تصدر قراراتها طالما أن المشرع لم يلغها .

ومخالفة القرار لشروط العقد الادارى لا تعطى المتعاقد مع الادارة الحق فى الاعتماد على انتهاك شروط العقد للطعن بالالغاء فى القرار وانما له أن يلجأ الى قاضى العقد - فوجود دعوى العقد يمنع قبول دعوى الالغاء - تظهر هنا نظرية الدعوى الموازية أو الطعن القابل .

ولكن الغير بالنسبة للعقد يكون لهم حق الطعن بالالغاء فى القرارات الادارية التى تخالف شروط العقد وتضر بمصالحهم وهذا يحدث مثلا فى عقد الالتزام المرافق العامة فى حالة مخالفة الشروط اللائحية المقررة فيه لتنظيم المرفق لخدمة الجمهور .

ثالثا : صور مخالفة القانون : قد تكون مخالفة القانون صريحة وعمدية كأن يحرم القانون على الادارة امرا فتأتيه .

وقد تأخذ المخالفة صورة فى تفسير القانون بحيث تجاوز الادارة قصد المشرع وتظهر المخالفة كذلك فى حالة ما اذا وضع القانون قيودا معينة على بعض الحقوق أو شروطا معينة لامكان استعمالها ثم تأتى الادارة وتضيف قيودا أو تشدد الشروط القائمة فان تصرفها على هذا النحو يجعل تصرفها مخالفا القانون - اذا عمدت الادارة الى عدم تطبيق القانون وكشف مسلكها عن هذا القصد اعتبر تصرفها مخالفا للقانون .

ملاحظة : النتيجة الحتمية التى ترتب على مخالفة الادارة للقانون بمعناه العام على حساب التوضيح السابق وعلى أية صورة على النحو سالف الذكر هى بطلان القرار بحيث يكون معرضا للالغاء .

رابعا : كيفية تغطية عيب مخالفة القانون :

يغطى هذا العيب فى حالة الظروف الاستثنائية مثال ذلك قرار الادارة برفض تنفيذ حكم قضائى أى امتناعها عن مد يد المساعدة لتنفيذه يعتبر قرارا باطلا لمخالفته لمبدأ حجية الشىء المقضى به (وهو من المبادىء القانونية العامة) مثل هذا القرار يعتبر صحيحا اذا صدر فى ظروف استثنائية - وقد حكم القضاء بذلك ونحن نرى أن هذا الرأى به خطأ كبير لأن الحكم القضائى النهائى له حجية مطلقة على الكافة سواء الادارة أو الافراد - ولا يجوز اهدار هذه الحجية سواء كانت الظروف عادية أو استثنائية وصدور أى قرار من الادارة يمنع تنفيذ الأحكام النهائية حتى ولو كانت الظروف استثنائية فهو قرار باطل بل هو قرار معدوم ولا وجود له .. لأن الظروف الاستثنائية لها مجال آخر وليس منها تعطيل تنفيذ الاحكام النهائية .

والقرار الادارى الذى يوقف تطبيق قانون يكون باطلا لمخالفته لمبدأ تدرج النصوص القانونية -

والبطلان هنا بطلان مطلق – ولا يصحح هذا البطلان فى أية ظروف .

فتجاهل الادارة لحكم صادر بالغاء قرار ادارى ومحاولتها تنفيذ القرار الذى سبق الغاؤه يجرد عملها من صفته الشرعية ويجعله من قبيل الاعتداء المادى .

وغنى عن البيان أن الادارة تستطيع اعادة القرار مع تصحيح مالحقه من عيب .. مع ملاحظة أن الدفع بعدم احترام الادارة لحجية الاحكام لا يعتبر متعلقا بالنظام العام وبالتالى لا يملك القاضى أن يثيره من تلقاء نفسه اذا لم يتمسك به الخصوم فى الدعوى .

خامسا : عيب السبب :

يمثل سبب القرار الادارى الحالة القانونية أو الواقعية التى تسبق القرار وتدفع الادارة الى اصداره وبعبارة أخرى يجب بداءة أن يقوم القرار الادارى على حالة واقعية أو قانونية صحيحة تحمل الادارة على التدخل وتدفعها الى اصدار قرارها .

وقد عرف البعض سبب القرار بأنه العنصر الأول للقرار أى السابقة التى تتقدمه وتثيره وتكون أساس وجوده واذا فقد القرار الادارى سببه الصحيح كان معيبا باطلا مستحقا للالغاء .

والقضاء الادارى يراقب الوقائع المادية التى يستند اليها القرار وكذلك يراقب الوصف القانونى للوقائع فاذا لم تكن الوقائع موجودة وحدث فيها خطأ أو كانت الوقائع صحيحة ولكن تكييف الادارة لها من الناحية القانونية غير سليم فان القضاء الادارى يحكم بالغاء القرار للعيب الذى شاب سببه من الناحية المادية أو القانونية – فالقضاء يتأكد قبل صدور الحكم من أن الوقائع المكونة لركن السبب صحيحة ماديا ثم يراقب الوصف القانونى لها ليتأكد من أنها تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها القرار فهو يبحث فى وجود الوقائع وصحتها وملاءمة تكيفها القانونى الذى يؤدى الى النتيجة التى وصلت اليها الادارة فاذا كانت النتيجة منتزعة من أصول « وقائع » غير موجودة أو كانت مستخلصه من أصول لاتنتجها أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها ماديا لا يؤدى الى النتيجة التى يتطلبها القانون كان القرار فاقدا لركن السبب مستوجب الالغاء .

مثال : قرار تأديبى يفصل موظف استند الى وقائع غير صحيحة أو استند الى وقائع صحيحة ولكن تكييفها على أنها جريمة تأديبية غير صحيحة على أساس أن الفعل أو الأفعال المنسوب الى الموظف لا تعتبر اخلالا من الموظف بواجبات وظيفته ولا تشمل المسلك الواجب لأداء الوظيفة فى مثل هذه الحالة يكون القرار فاقدا لأحد أركانه وهو ركن السبب ومن ثم فانه تعين الغاءه .

ملاحظة : ليس للقضاء أن يتدخل فى مجال البحث عن سبب القرار فى وزن خطورة السبب أو تقدير ملاءمة الأثر الذى رأت السلطة الادارية المختصة ترتيبه عليه والذى اقتنع به أو اطمأن اليه أو لو الأمر فى استهدافهم للصالح العام .

سادسا : "عيب اساءة استعمال السلطة :

وهذا هو السبب الذى اطلق عليه المشرع فى قانون مجلس الدولة. تسمية اساءة استعمال السلطة وتؤثر أن تسميه بعيب الانحراف التى ستعرض لها فيما يعد ويقصد بهذا العيب أن

يستعمل رجل الادارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به فهو عيب موضوعى يشارك فى هذه الخصيصة عيب مخالفة القانون - ويرتبط هذا العيب بركن الغاية المراد تحقيقها من اصدار القرار ويتعين دائما على مصدر القرار تحقيق المصلحة العامة وهى غاية النشاط الادارى كله أيا كانت صورته .. وقد يحدد القانون للادارة هدفا معينا (نطاق المصلحة العامة) يجب أن تعمل على تحقيقه فاذا خرجت عنه ولو كان تصرفها لا يخرجها من نطاق المصلحة العامة كلية الا أن ذلك التصرف يعتبر انحرافا عن الهدف المخصص للادارة - وقد تسىء الادارة استعمال الاجراءات الواجب عليها اتباعها بأن تحاول استخدام اجراءات أخرى لا تحوى نفس الضمانات المقررة للأفراد فى الاجراءات التى تجاهلتها الادارة وهذه الحالة ليست سوى صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف .

صور اساءة استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة :

ان عيب الانحراف بالسلطة المبرر لالغاء القرار الادارى يجب أن ينطوى فى القرار ذاته لا فى وقائع سابقة عليه أو لاحقة له وأن يكون مؤثرا فى توجيه هذا القرار لانقطع الصلة به وأن يقع ممن سلك اصدار القرار لا من أجنبى عنه لايدله فيه - ويجب أن يكون الانحراف بالسلطة متعمدا بمعنى أن يكون الموظف وهو يصدر قراره على علم بأنه ينحرف عن الهدف الذى حدده القانون وأنه يقصد أيضا ذلك الانحراف . ولما كانت القرارات الادارية لابد وأن تستهدف الادارة من اصدارها مصلحة عامة وتلك قاعدة لا يرد عليها أى استثارات فان تجاهل الادارة فى قراراها للمصلحة العامة يصيب القرار بعيب اساءة استعمال السلطة ونفس العيب يظهر فى القرار فى حالة مخالفة الادارة للهدف الذى حدده القانون لها (الاجراءات التى رسمها لها لاتباعها عند اصدار نوع معين من القرارات .

ومن أبرز صور الانحراف عن المصلحة العامة اتجاه رجل الادارة فى تصرفه الى تحقيق نفع شخصى له أو محاباة الغير أو استخدام السلطة بقصد تحقيق غرض سابق أو بقصد الانتفاع الشخصى وكذلك حالة الغش نحو القانون .

وأيضا حال الاعتداء على قوة الشىء المقضى به فهذا الاعتداء اذا كان مباشرا يؤدى الى ظهور عيب مخالفة القانون ولكن قد يتم الاعتداء بطريقة غير مباشرة ملتوية وعندئذ يتم القرار بعيب اساءة استعمال السلطة ويكون من الملائم الاستناد على هذا العيب لطلب الالغاء القرار الادارى .

وقد يحدث الانحراف نتيجة مجانبة قاعدة تخصيص الأهداف كأن تتخذ الادارة قرار لحماية أغراض غير التى قصدها الشارع من منحها سلطة معينة حتى ولو كانت هذه الأغراض تتصل بالصالح العام .. وقد يتمثل الانحراف بالسلطة فى التجاء الادارة الى استعمال بعض الاجراءات مكان اجراءات أخرى يتحتم عليها الوصول الى الغرض الذى تريد تحقيقه ومثال ذلك استخدام الادارة لاجراءات الاستيلاء المؤقت بدلا من اجراءات نزع الملكية الواجب عليها اتباعها لكى تستولى

نهائيا على عقار للمنفعة العامة .

ويترتب على اصابة القرار بعيب اساءة استعمال السلطة - ونظرا لصعوبة اثبات هذا العيب لا ينصب على عناصر موضوعية وانما ينصب على عناصر نفسية وذاتية تتصل بمصدر القرار لذلك فقد اعتبر عيب الانحراف بالسلطة سببا احتياطيا بين أسباب الغاء القرار الادارى ومعنى ذلك أن المحكمة لا تلجأ اليه الا اذا لم تصلح أوجه الالغاء الأخرى التى استند اليها الطاعن للوصول الى الغاء القرار .

ملاحظة : توجد صلة وثيقة بين هدف القرار وسببه بحيث يمكن أن يؤدى أحدهما مهمة الآخر أحيانا .

مثال ذلك : معاقبة الادارة موظف لم يرتكب جريمة تأديبية فالقرار التأديبى الصادر بالعقوبة يمكن الطعن فيه لانعدام السبب القانونى - لعدم وجود جرم تأديبى كما يمكن فى نفس الوقت بناء الطعن بالالغاء على أساس الانحراف بالسلطة .

٢ - الظروف الاستثنائية . لا يمكن أن تغطى عيب السبب وأثرها فى التغطية مقصور على العيوب الثلاثة الاخرى - فالظروف الاستثنائية وهى توسع من سلطة الادارة قصد بها تمكينها من حماية المصلحة العامة ومن ثم فلا يجوز اطلاقا الخروج على هذه المصلحة ويلاحظ من جهة أخرى أن القاضى يستطيع التصدى لعيب عدم الاختصاص ولو لم يثره الطاعن وعلى ذلك تعلق العيب المذكور بالنظام العام والسائد أن العيوب الأخرى تقاس على عيب الانحراف بالسلطة ومعنى ذلك أن القاضى لا يتصدى لها من تلقاء نفسه وانما بناء على اثارة الطاعن لها .

وقف تنفيذ القرارات الادارية :

ان الطعن بالالغاء فى قرار ما لا يؤدى الى وقف تنفيذ القرار الا اذا نص المشرع على ذلك وقد نص القانون الحالى لمجلس الدولة فى المادة ٢١ منه على ما يأتى :

لا يترتب على رفع الطلب الى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاءه على أنه يجوز للمحكمة ان تأمر بوقف تنفيذه اذا طلب ذلك فى صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها .. وبالنسبة للقرارات التى لا يقبل الغائها قبل التظلم منها اداريا ولا يجوز طلب وقف تنفيذها على أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب المتظلم أن تحكم مؤقتا باستمرار صرف مرتبه كله أو بعضه اذا كان القرار صادرا بالفصل أو بالوقف فاذا حكم له بهذا الطلب ثم رفض طلبه ولم يرفع دعوى الالغاء فى الميعاد أعتبر الحكم كأن لم يكن واسترد منه ما قبضه .

شروط وقف التنفيذ :

يجب لامكان وقف تنفيذ القرار الادارى توافر الشروط الآتية :

١ - أن يطلب الطاعن صراحة فى صحيفة دعوى الالغاء وقف تنفيذ القرار الادارى المطعون فيه .

٢ - قيام حالة الاستعجال التى تبرر طلب وقف التنفيذ ويتوافر الاستعجال اذا كانت نتائج التنفيذ المباشر يتعذر تداركها وازالتها تماما اذا ما قضى بعد ذلك فى موضوع الدعوى بالغاء القرار المطعون فيه .

٣ - احتمال الغاء القرار

الادارى ومعنى ذلك أن يكون ادعاء الطاعن حسب الظاهر قائما على اسباب جدية تبرر وتكشف عن احتمال الغاء القرار موضوعيا .

اثبات الانحراف أمام القضاء الادارى المصرى :

اقتصر المشرع فى قوانين مجلس الدولة المختلفة على ذكر أوجه الالغاء الأربعة فلم يشر الى وسائل اثباتها من قريب أو بعيد وهو بهذا يكون قد ترك الأمر للقضاء الادارى ليفصل فيه طبقا للقواعد العامة ولطبيعة العلاقة التى تربط بين القضاء الادارى وبين الادارة العامة وتكشف الاحكام الكثيرة التى صدرت حتى الآن عن أن مجلس الدولة المصرى يتبع كقاعدة عامة الأسس الكبرى التى يسير عليها مجلس الدولة الفرنسى فى اثبات عيب الانحراف بل أن محكمة القضاء الادارى تشير فى بعض أحكامها صراحة الى خطة مجلس الدولة الفرنسى ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٦ مايو ١٩٥٧ حيث تؤكد أن الفقه والقضاء قد استقر على أن أثبات عيب اساءة استعمال السلطة يكون عن طريق اعتراف الادارة أو من ملف الخدمة والأوراق والظروف المحيطة بصدور القرار فانه يستصوب فى حالة الترقية بالاختيار أن تبين الادارة أسباب قرارها والمصادر التى استلقت منها الاسباب وأوجه الترجيح فى المفاضلة بين المرشحين .

٢ - ويقع دليل الانحراف - على عاتق المدعى بحيث اذا عجز عن تقديم الدليل خسر دعواه وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٦١/٦/٢٤ لا جدال فى أن الجهة الادارية تتمتع فى هذا الخصوص بسلطة تقديرية ولا يحد سلطتها هذه الا الانحراف أو سوء استعمال السلطة وهما أمران عجز المطعون ضدهم افرادا وجماعة عن اسنادها لها أو التدليل عليهما .

٣ - وكما هو الشأن أمام مجلس الدولة الفرنسى فان مجلس الدولة المصرى قد أقر بعض قرائن على أنها دليل على الانحراف ومن ذلك :

التميز بين الافراد فى المعاملة ومن تطبيقات هذه القرينة - حكم لمحكمة القضاء الادارى جاء فيه أنه اذا تبين للمحكمة أنه لم يكن هناك سبب بشخص المدعين أو بموقع محلهما يدعو الترخيص لهما فى ذلك « بيع الخمور » كما أنه يوجد بالحى الكائن به الكثير من محال بيع الخمور لذلك لا يكون هناك أدنى مبرر - لرفض الوزارة الترخيص لهما فى ذلك وعلى ذلك يكون القرار الصادر برفض الترخيص لهما مخالفا لروح القانون مشوبا باساءة استعمال السلطة .. وحكمها الصادر فى ١٥ مايو ١٩٥٨ حيث تقول - متى كانت الادارة فى قرارها المطعون فيه القاضى بتعيين بعض زملاء المدعى قد قامت بتعيين من عينتهم فتخطية المدعى مع أنه واقرانه كانوا فى ظروف متماثلة وتجمعهم طبيعة واحدة ومستوى فنى ومن ثم فان اغفاله فى التعيين وعدم وزنه بالميزان العادل مقارنا بزملائه يكون قد أدى بالادارة الى الانحراف فى استعمال سلطتها .

وبعد فهذه خلاصة مجهود متواضع فى هذا البحث اجتهدنا فيه فى نطاق قدرتنا المتواضعة عسى أن نكون قد وفقنا فيه بالقدر الذى يساعد الزملاء الأفاضل فى هذا المجال ونسأل الله أن يوفقنا لما فيه الخير . وحتى نصل الى الهدف المنشود فى هذا المجال وهو مجال حى يزخر بما هو جديد . فالقضاء الادارى قضاء انشائى يبحث عن الحلول لكل مشكلة ادارية .

الزنا بين الشريعة الاسلامية وقانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية

السيد الأستاذ / على شافعى
المحامى بالاستئناف العالى

أولا : أحكام الزنا فى الشريعة الاسلامية .

حرم الله تعالى الزنا لخطورته الاجتماعية ولتعلق الزنا باختلاط الانساب لذلك كان عقوبة الزنا فى الشريعة الاسلامية شديدة لخطورة الجريمة واختلفت بين الرجل المحصن وغير المحصن فأصبحت الرجم وأن كان غير محصن فالعقوبة الجلد وذلك بنزول الآية الكريمة ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾[1] وقد ثبت عقوبة الرجم بقول النبى ﷺ .

خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا - الثيب بالثيب والبكر بالبكر والثيب جلد مائة ثم رجم بالحجارة والبكر جلد مائة ثم نفى سنة .

والرجم فى الشريعة الاسلامية أن يحاط الشخص المرتكب الجريمة من جميع الاتجاهات ويرمى ممن يشهد توقيع العقوبة بالحجارة الغليظة حتى يموت الزانى .

أما عقوبة الجلد فهى للزانى البكر أى غير المتزوج وقد اشترط فى هذه العقوبة أيضا أن يشهد العقوبة طائفة من المسلمين لقوله عز وجل ﴿ وليشهد طائفة من المؤمنين ﴾ ذلك وأن يكون الجلد على الظهر وأن يكون الضرب غير مبرحا ، واشترط جمهور الفقهاء أن لا يقام الحد على الحامل حتى تلد ولا على المريض حتى الشفاء .

ولخطورة توقيع العقوبة السالفة فان الشريعة الاسلامية وضعت شروطا وقيودا على توقيع العقوبة فيما يعرف بالمصطلح الحديث أدلة الثبوت لتوقيع العقوبة .

ولا خلاف فى أن توقيع العقوبة لابد وأن يتم باثبات أربعة شهود تطبيقا لقول الله عز وجل ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهم أربعة منكم[2] ﴾ وقوله عز وجل ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون[3] ﴾ ويشترط فى الشاهد البلوغ والعقل والرؤية والاسلام .

ويشترط أيضا أن يكون الشاهد قد شاهد الجريمة بنفسه وأبصرها حال ارتكابها . وأن يكون الشهود الاربعة حاضرين وقت ارتكاب الجريمة أو لا يكون هناك بينهم . تناقض فى رواية كل منهم . أن لا يختلفوا حول ظروف ومكان وزمان وأشخاص الجريمة .

كما يكون اثبات وقوع الجريمة بالاعتراف وكما أتفق عليه هو سيد الادلة حيث أنه اقرار صريح من الجانى

بارتكاب الفعل والاعتراف فى جريمة الزنا حجة على الشخص المعترف ولا يتعدى ذلك على الشخص الآخر المرتكب معه الجريمة – الا اذا أعترف الاخير أيضا على نفسه ويحق أن يراعى بواعث وظروف هذا الاعتراف كما أن الاعتراف مقيد بالاخذ به فلابد وأن يكون متطابقا مع الواقع ويشترط قبل توقيع العقوبة – أن لا يعدل شخص المعترف ويشترط فى أن يكون شخص المعترف كامل الاهلية – عاقلا – لا تعيب ارادته أحد موانع الاهلية كالعته أو الجنون[٤] .

ثانيا : أحكام الزنا فى قانون العقوبات والاجراءات الجنائية :

اختلفت أحكام الزنا فى القانون المصرى عن أحكام الشريعة اختلافا كبيرا وسايرت فى ذلك القانون الوضعى لبعض الدول الاجنبية والتى أعتبرت أن هذه الجريمة حق من الحقوق الشخصية . بل أنها فى وضع آخر . استننت قاعدة غريبة كما يقول الدكتور / رؤف عبيد قاعدة المقاصة فى الجرائم ذلك أن المادة ٢٧٣ أباحت للزوجة ارتكاب جريمة الزنا مقابل زنا الزوج[٥] وعلى هذا النحو فأن قانون العقوبات أورد ونظم هذه الجريمة فى المواد الآتية :

مادة ٢٧٣ – لا يجوز محاكمة الزانية الا بناء على دعوى زوجها ألا أنه اذا زنى الزوج فى المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين فى المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها .

مادة ٢٧٤ – المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت .

مادة ٢٧٥ – ويعاقب أيضا الزانى بتلك المرأة بنفس العقوبة .

مادة ٢٧٦ – الادلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم .

مادة ٢٧٧ – كل زوج زنى فى منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

ومن استقراء النصوص السابقة وبالقاء الضوء عليها نجد أنها اختلفت جملة وتفصيلا عن ما هو مقرر بالشريعة الغراء نحو بيان الجريمة وأداتها وعقوبتها **على النحو الآتى :**

أولا : أن القانون الوضعى قلل من شأن الجريمة واعتبرها من الجرائم البسيطة والتى لا ترقى فى عقوبتها عن بعض الجرائم الاخلاقية الاخرى كجريمة هتك العرض أو القذف مثلا .

ثانيا : أن القانون الوضعى حجب حق المجمتع فى تحريك الدعوى الجنائية وتوقيع العقوبة الجنائية على الزانية وذلك بعدم جواز محاكمة الزانية الا بناء على دعوى الزوج (المادة ٢٧٣ ع) .

ثالثا : أباح القانون الوضعى بمفهوم المخالفة الزنا للزوجة فى حالة الزوج فى ذات المسكن المقيم فيه زوجته (المادة ٢٧٣ ع) .

رابعا : النزول بالعقوبة الى حد العدم بين ما قررته الشريعة الاسلامية – الرجم

أو الجلد الى توقيع العقوبة على المرأة المتزوجة بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين فى القانون الوضعـى . المـادة ٢٧٤ عقوبات .

وقررت أيضا المادة ٢٧٥ ع ذات العقوبات على الزانى .

وقررت أيضا المادة ٢٧٧ ع بحبس الزوج اذا ثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة مدة **لا تزيد على ستة شهور .**

خامسا : حجب سلطة المجتمع فى توقيع العقوبة عند طلب الزوج وقف تنفيذ العقوبة بشرط رضاءه معاشرتـه زوجته الزانية .

سادسا : أن الجريمة لا تقوم على الزوج - ألا اذا أرتكب الجريمة فى منزل الزوجة ؟

سابعا : فى أدلة الثبوت فان الشريعة الاسلامية قررت لتوقيع الرجم أو الجلد أما الاعتراف أو أن يشهد الواقعة أربعة شهود عدل كما أسلفنا أما القانون الوضعى فقد قرر أن الادلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم هى التلبس عند وقوع الفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم بل أنه صدر الحكم فى الطعن (رقم ٩٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ٤١/٦/١٩) وقرر أن المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المقابلة للمادة ٢٢٨ من قانون العقوبات القديم لم تقصد بالمتهم بالزنا فى قولها أن الادلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل .

ثانيا : جريمة زنا الزوج فى القانون الوضعى .

وهى لا تختلف عن الشروط المتمثلة فى جريمة زنا الزوجة وهو توافر الركن المادى بارتكاب فعل الواطىء وأن يرتكب الزوج الجريمة أثناء وقوع الحياة الزوجية بعقد رسمى أو صحيح (عرفى) .

وكذلك توافر ركن العلم (القصد الجنائى) أن الزوج متزوج بأخرى أثناء ارتكاب واقعة الزنا .

وأضافت المادة ٢٧٧ شرط واحدا - وهو :

أن يتم الفعل من جانب الزوج فى مسكن الزوجية ومسكن الزوجية هو المسكن الذى يقيم فيه الزوجان سواء المسكن الذى يقيم فيه الزوجان بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة كما أن الذى يثير الدهشة والغرابة فى خطورة هذه الجريمة فان توقيع العقوبة وتحريك الدعوى الجنائية يرتطم ويتصادم مع المادة ١/٣ من قانون الاجراءات الجنائية على النحو الآتى :

ففى المادة ١/٣ من قانون الاجراءات « لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية الا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص الى النيابة العامة أو الى أحد من مأمورى الضبط القضائـى فـى الجرائـم المنصوص عليها فى المواد ١٨٥ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٩٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ عقوبات **ويهمنا فى هذه المادة .**

- جريمة زنا الزوجة المادة ٢٧٣ عقوبات .

- جريمة زنا الزوج المادة ٢٧٧ عقوبات .

واتفق الفقه على تعريف **الشكوى بأنها تبليغ من المجنى عليه أو ممن يقوم مقامه الى** السلطات العامة عن جريمة

معينة واذا كانت الشكوى بوكيل خاص ولاحقا للشكوى واذا كانت الدعوى الجنائية قد حركت بواسطة الأدعاء المباشر وتعتبر بمثابة شكوى وعلى ذلك فانه وعلى ذلك فانه يقصد بكلمة دعوى الواردة ٢٧٣ ، ٢٧٧ عقوبات هو مجرد شكوى الزوج(٦) . ويلاحظ أنه طبقا لنص المادة ٢/٣ اجراءات فى أن الشكوى لا تقبل بعد ثلاثة أشهر من تاريخ علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها ما لم ينص على خلاف ذلك .

أو اعترافه لم تقصد بذلك سوى الرجل الذى يرتكب الزنا مع المرأة فاثبات الزنا عليها يكون بطرق كافة للقواعد العامة . وعلى ذلك فان القانون الوضعى متمثلا فى المواد من ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات قد حدد فعل الارتكاب أو وقوع الجريمة شروط وقواعد مختلفة بين وزنى الجريمة على النحو الآتى :

أولا : جريمة زنا الزوجة :

فانه يلزم لوقوع جريمة زنا الزوجة أركان ثلاثة :

١ - وقوع الفعل المادى المكون لجريمة الزنا وهو فعل الوطىء .

٢ - أن تكون الزوجية قائمة وقت ارتكاب الفعل .

٣ - الركن المعنوى - المتمثل فى القصد الجنائى .

أولا : الفعل المادى (الوطىء) .

والوطىء هو ايلاج الذكر فى المكان المخصص له فى الأنثى المحرم عليه أما غير هذا الفعل فلا يندرج جريمة الزنا .

ثانيا : أن يكون الفعل المادى أثناء قيام الزوجية وعلى ذلك تقوم الجريمة بالعقد الرسمى (الموثق) أو العقد العرفى اذا كان صحيحا - أو فى فترة العدة التى تلحق بالطلاق الرجعى ولا تقوم الجريمة عند الطلاق البائن أو عند وفاة الزوج .

ثالثا : أما عن شرط القصد الجنائى والممثل فى العلم والأدراك فيكفى أن تعلم المرأة أنها حبيسه زوج لها بعقد زواج رسمى أو صحيح .

ويتطلب من الشاكى الادعاء مدنيا - وألا حكم بعدم جواز سماع الدعوى أى تحريك دعوى الزنا ويشترط فى جريمة الزنا شرط خاص فى أنه يسقط حق الزوج فى تقديم الشكوى عن زوجته الزانية اذا كان قد سبق له الزنا فى السكن المقيم فيه مع زوجته الزانية ويثور سؤالان حول طلاق الزوج لزوجته الزانية .

السؤال الاول : ما هو أثر طلاق الزوج على الزوجة الزانية اذا قدم المطلق شكواه فى زوجته الزانية بعد طلاقه منها .

أختلف الفقهاء وذهب الرأى الراجح الى أن الطلاق سواء كان بائنا ببينونة صغرى أو بائنا ببينونة كبرى فان ذلك يسقط حق الزوج وذهب رأى أخر أن هذا الحق لا يسقط بأعتبار أن دعوى الزنا هى من الجرائم التى تمس المجتمع وهذا الرأى لا محل ولا يعول عليه مع صراحة النص فى شرط الزوجية لصحة البلاغ عن الزوجة الزانية .

السؤال الثانى : اذا قام الزوج بطلاق زوجته الزانية بعد الابلاغ هل يسقط حق الزوج فى طلب تحريك الدعوى .

ذهب الرأى الراجح أن هذا

الطلاق يسقط حق الزوج فى طلب تحريك الدعوى الجنائية وذلك وقف تنفيذ العقوبة .

حيث اشترطت المادة ٢٧٤ عقوبات حق الزوج فى وقف تنفيذ العقوبة بشرط رضاءه معاشرته له وهو شرط لن يتحقق بوقوع الطلاق الا اذا راجع الزوج زوجته وأعادها الى عصمته مما سبق تتضح العقوبات الهزيلة التى وضعها المشرع لجريمة من أخطر الجرائم الاجتماعية فضلا عما أوجده المشرع فى قانون الاجراءات الجنائية من عقبات للنيابة العامة فى اتخاذ شئونها نحو التصرف فى الدعوى وطلب توقيع العقوبة - بل أنه حتى ومع صدور العقوبة الهزيلة التى وضعها المشرع - يجوز للزوج التنازل عن تطبيق هذه العقوبة ويضيع حد الشرع وحد الشريعة الغراء بقانون وضعى هزيل - غريب فى نصوصه على مبادىء ديننا الامر الذى يصبح معه حتمية تعديل هذه النصوص التى تخالف مبادىء الشريعة الاسلامية التى أصبحت طبقا للمادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسى للتشريع باعتبار أن جريمة الزنا من جرائم الحدود الى بينت الشريعة الاسلامية أركانها وكيفية اثباتها والعقوبة المقدرة لها والحالات التى يمتنع فيها الحد أو تؤدى الى أسقاطه هذه المبادىء حدث بمحكمة بندر ميت غمر والتى قضت بجلسة ١٩٨٨/٧/١١ بوقف دعوى كانت منظورة أمامها والتى طلبت فيها النيابة تطبيق المواد ٤١ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ واحالة الدعوى الى المحكمة الدستورية للفصل فى دستورية هذه الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٠ قضائية أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكما برفض الدعوى وورد فى أسباب هذا الحكم .

وحيث أنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ أن المادة الثانية منه أصبحت تنص على أن « الاسلام دين الدولة واللغة لغتها الرسمية ومبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ على أن « الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع » والعبارة الاخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة .

وحيث أنه لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الزام المشرع بأتخاذ مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى الى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض هذا الالزام ، بحيث اذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادىء الشريعة الاسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على هذا التاريخ فلا يتأتى انفاذ حكم الالزام المشار اليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله أى فى وقت لم يكن فيه القيد المتضمن هذا الالزام قائما واجب الاعمال ز ومن ثم فان هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية .

وحيث أنه ترتيبا على ما تقدم ، ولما كان مبنى الطعن هو مخالفة المواد ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ من

قانون العقوبات للمادة الثانية من الدستور لخروجها على مبادىء الشريعة الاسلامية التى تجعل الزنا من جرائم الحدود على ما سلف بيانه ، واذ كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة – بعد تعديلها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ والمتضمن الزام المشرع بعدم مخالفة الشريعة الاسلامية ولا يتأتى اعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه ، وكانت المواد المشار اليها من قانون العقوبات لم يلحقها أى تعديل بعد التاريخ المذكور ، فان النعى عليها وحالتها هذه مخالفة المادة الثانية من الدستور – وأيا كان وجه الرأى فى تعارضها مع مبادىء الشريعة الاسلامية يكون فى غير محله ، الامر الذى يتعين معه الحكم برفض الدعوى .

وحيث والحال كذلك وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا برفض دعوى عدم دستورية هذه النصوص فانه لا يصبح الا أن تهيب معه وفى أقرب فرصة تشريعية الغاء هذه النصوص فى تحديد ماهية هذه الجريمة وعقوبتها وجعلها متفقة وأحكام الشريعة

ولا مانع فى تقييد دائرة الاثبات وتعديل العقوبة مع بسط حق النيابة فى تحريك الدعوى الجنائية وتوقيع العقوبة عند ثبوت الادانة من غير حق الزوج فى الغاء توقيع العقوبة أو طلب تحريك الدعوى الجنائية .

هوامش

١ – النور ٢

٢ – النساء ١٥

٣ – النور ١٣

٤ – حد الزنا بين الشريعة والقانون الوضعى للاستاذ / على عبد اللاه بحث منشور بمجلة المحاماة العدد الخامس السنة ٦٠ .

٥ – كتاب المبادىء فى الاجراءات الجنائية ص ٧٠ للدكتور / رؤف عبيد طبعة ١٩٧٥ .

٦ – طعن رقم ٦٩٧ لسنة ٧١ جلسة ١٩٤١/٥/١٩ .

في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء إنتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. أفتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً .. ويتضرع المجلس إلى العلى القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وزويهم وزملائهم الصبر والسلوان .

السيد الاستاذ / نصر الدين صاوى	المحامى
السيد الاستاذ / محمد رشاد حسن لطفى	المحامى
السيد الاستاذ / عاطف البطراوى	المحامى
السيد الاستاذ / محمد عطية القرشى	المحامى
السيد الاستاذ / مصطفى محمد عاشور	المحامى
السيد الاستاذ الدكتور / محمد سلطان	المحامى
السيد الاستاذ / يوسف عز الدين الغريانى	المحامى
السيد الاستاذ / لبيب توما	المحامى
السيد الاستاذ / صادق أمين	المحامى
السيد الاستاذ / بشرى صبرى حليم	المحامى
السيد الاستاذ / مكرم يس	المحامى
السيد الاستاذ / مصطفى احمد خليل	المحامى
السيد الاستاذ / عبدالعزيز احمد حجازى	المحامى
السيد الاستاذ / بشير قداوى ناصف	المحامى
السيد الاستاذ / محمد رشاد محمود متولى	المحامى
السيد الاستاذ / اسحق جرجس نجيب	المحامى

تنـويـه

لما كان الطعن الذى قدم ضد قرارات الجمعية العمومية المنعقدة فى ١٩٨٨/١١/٢٥ بشأن زيادة المعاشات قد انقضى امره بابرام القرارات الصادرة من الجمعية لذلك وتنفيذاً لهذه القرارات .

قرر مجلس النقابة بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩١/١٢/٥ تنفيذ قرارات الجمعية العمومية اعتباراً من ١٩٩٢/١/١ .

اولا - الاشتراكات :

	ق جنيه
الجـدول العـام	٧٠ ر ٨
ابتدائى اقل من ٣ سنوات	٧٠ ر ٢٢
ابتدائى اكثر من ٣ سنوات	٧٠ ر ٢٦
استئناف عالى ومجلس الدولة	٧٠ ر ٧٧
نقض	٧٠ ر ١٥٢

ثانيا - التمغات :

المحاكـم الجـزئيـة	٢ جنيه
المحاكم الابتدائية ومايعادلها	٤ جنيه
محاكم الاستئناف وما يعادلها	٦ جنيه
محكمة النقض وما يعادلهـا	٢٠ جنيه

(انظر خلفه).

ثالثا : الرسوم ودمغة المحاماه المطلوبة للقيد بجدول المحامين حسب السن والدرجة لأول مرة وتسدد من الطالب شخصيا

فئة السن	للقيد بالجدول العام			للقيد بالجدول مع الإبتدائى			للقيد بالجدول مع الإستئناف		
	الرسم والاشتراك	دمغة محاماه	الإجمالي	الرسم والاشتراك	دمغة محاماه	الإجمالي	الرسم والاشتراك	دمغة محاماه	الإجمالي
	جنيه	جنيه	جنيه	جنيه	جنيه	جنيه	جنيه	جنيه	جنيه
السن أقل من ٣٠ سنه	١١٥	٥٥	١٧٠	٢٤٩	١٠٠	٣٤٩	٤٥٤	١٥٠	٦٠٤
من ٣٠ لأقل من ٣٥ سنة	٥١٥	٥٥	٥٧٠	٦٤٩	١٠٠	٧٤٩	٨٥٤	١٥٠	١٠٠٤
من ٣٥ لأقل من ٤٠ سنة	١٠١٥	٥٥	١٠٧٠	١١٤٩	١٠٠	١٢٤٩	١٣٥٤	١٥٠	١٥٠٤
من ٤٠ لاقل من ٥٠ سنه	٢٠١٥	٥٥	٢٠٧٠	٢١٤٩	١٠٠	٢٢٤٩	٢٣٥٤	١٥٠	٢٥٠٤
من ٥٠ لأقل من ٦٠ سنه	لايجوز قيده بالجدول العام فقط طبقا لقانون المحاماه			٣٦٤٩	١٠٠	٣٧٤٩	٣٨٥٤	١٥٠	٤٠٠٤
من ٦٠ سنه فما فوق	لايجوز قيده بالجدول العام فقط طبقا لقانون المحاماه			٥١٤٩	١٠٠	٥٢٤٩	٥٣٥٤	١٥٠	٥٥٠٤

الرسوم المطلوبة لرفع القيد من درجة إلى أخرى وتسدد من الطالب شخصيا

الدرجة المطلوبة	الرسم والاشتراك	دمغة محاماه	الإجمالي
	جنيه	جنيه	جنيه
من جزئى الى ابتدائى	١٤٦	٢٥	١٧١
من ابتدائى الى استئناف	٢٣٠	٣٥	٢٦٥
من استئناف الى نقض	٤٠٥	١٠٥	٥١٠

والله الموفق ،

امين صندوق النقابة
محمود عبدالحميد سليمان
عضو مجلس نقابة المحامين

نقيب المحامين
احمد الخواجـة

الإعلانـات القضائيـــة

ألمادة ١٧٤ من قانـون المحامـاة رقم ١٧ لسـنة ١٩٨٣

بموجب عقد مسجل ملخصه رقم ١١٥٢ لسنة ١٩٩١ بمحكمة الجيزة تكونت شركة توصية بين احمد وطارق وعمرو محمد مندور ابو النجا وشركاء متضامنين وشريك موصى مذكور بالعقد عنوانها احمد محمد مندور ابو النجا وشركاه غرضها مخبز بلدى نصف آلى مركزها الحاجر مركز امبابة رأسمالها ٥٠٠٠ جنيه مدتها خمس سنوات تبدأ ١٩٩١/٧/٧ قابلة للتجديد . حق الادارة والتوقيع للطرف الاول .

فهـرس العـدد

الصفحة

رقم الايداع ٢٦١٠



حياتى هى رسالتى .

المهاتما غاندى

• • •

العدل جنة المظلوم وجحيم الظالم .

أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

• • •

هل أدلكم على أفضل شىء يضاف إلى شىء ؟ حلم يضاف إلى علم .

الإمام الشافعى رضى الله عنه

• • •

حرية الصحافة كالماء والهواء ، لا يجوز حرمان أحد منها .

المغفور له شهيد الحرية دكتور / عزيز فهمى المحامى

• • •

من خذلته أسرته ، لم تأت من الأباعد نصرته .

الشاعر أحمد شوقى

• • •

الخوف من الله يزيل الخوف من الناس ، والخوف من الناس يزيل الخوف من الله .

حكيم

• • •

لا نجاح لأمة نبذت أحكام دينها ظهرياً ، ولا فلاح لقوم استبعدوا لشهواتهم.

الزعيم الثائر أحمد عرابى

• • •

إن السماء ترى ، ولكنها ترى بعيون الشعوب ، وإنها تسمع ، ولكنها تسمع بآذان الشعوب .

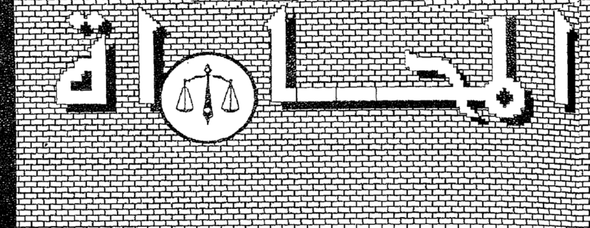
كونفوشيوس

قالوا عن المحاماة

المحاماة علم وخلق ، ونجدة وشجاعة ، وثقافة وتفكير ، ودرس وتمحيص ، وبلاغة وتذكير ، ومثابرة وجلد ، وثقة فى النفس ، واستقلال فى الحياة ، وأمانة واستقامة ، وإخلاص فى الدفاع .

المغفور له
الأستاذ النقيب الأسبق عبدالرحمن الرافعى

دار الطباعة الحديثة
ت : ٩٠٨٣١٨



تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية

العددان التاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٩١ - السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم
يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفاً كأنهم بنيان مرصوص .
صدق الله العظيم



قال صلى الله عليه وسلم:

لا يستر عبد عبداً فى الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده ، والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم ،مثل الجسد إذا إشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

من لا يرحم الناس لا يرحمه الله .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

إن المقسطين عند الله على منابر من نور ، الذين يعدلون فى حكمهم وأهليهم وماولو .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

أهل الجنة ثلاثة : ذو سلطان مقسط موفق ، ورجل رحيم رقيق القلب لكل ذى قربى ومسلم ، وعفيف ذو عيال .

« صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم »

الغاء إنتداب القضاة
ضرورة حتمية
لإستقلال القضاء ..

يقولون أن الماء والهواء من ضرورات الحياة ، ولكن علينا أن نقول أن استقلال القضاء فى مقدمة تلك الضـرورات ..

فالحيوان يتنفس ويرتوى بالمـاء ، ولكن تظل شريعة الغـاب هى السـائدة .. إلا أن الإنسـان يسمو ويرتقي بقدر ما يحققه له القضاء من عدل يصـون كرامته ، ويحمى حريتـه ، ويحافـظ على حقوقه ضـد كل بطش أو قهـر أو عدوان ...!!

ان القضاء فى كل أمة أعز مقدساتها .. إنه عزيز على المتقاضى قبل القاضى ، إنه ملاذ المظلوم ، والدرع الواقى فى مواجهة عبث العابثين ، فالجميع تحت مظلة القضاء مطمئنون آمنون .. ويؤكد لنا التاريخ أنه لا توجد فى الحكومات البشرية سوى قوتين ضاربتين ، هما قوة العدل أو قوة الطغيان ، فإذا لم يتولى قوة العدل قضاة فوق كل خوف ، وبمنأى عن كل ملامة ، وبعيدا عن كل إغـراء صارت المحاكم مصدراً للظلم ...!!

إنها لفجيعة كبرى ، بل إنها مصيبة المصائب ، أن نرى اليوم مساساً خطيراً ينتقص من إستقلال القضاء ، فقد تسللت ظاهرة إنتداب رجل القضاء للعمل موظفاً وأجيراً بإحدى السلطتين التنفيذية أو التشريعية ، فيجمع القاضى بين عمله بالقضاء وبين العمل الذى انتدب له مستشاراً لوزير ، أو بمصلحة حكومية ، أو هيئة عامة ، أو شركة من شركات القطاع العام ، أو بنك من بنوك الاستثمار .. !!

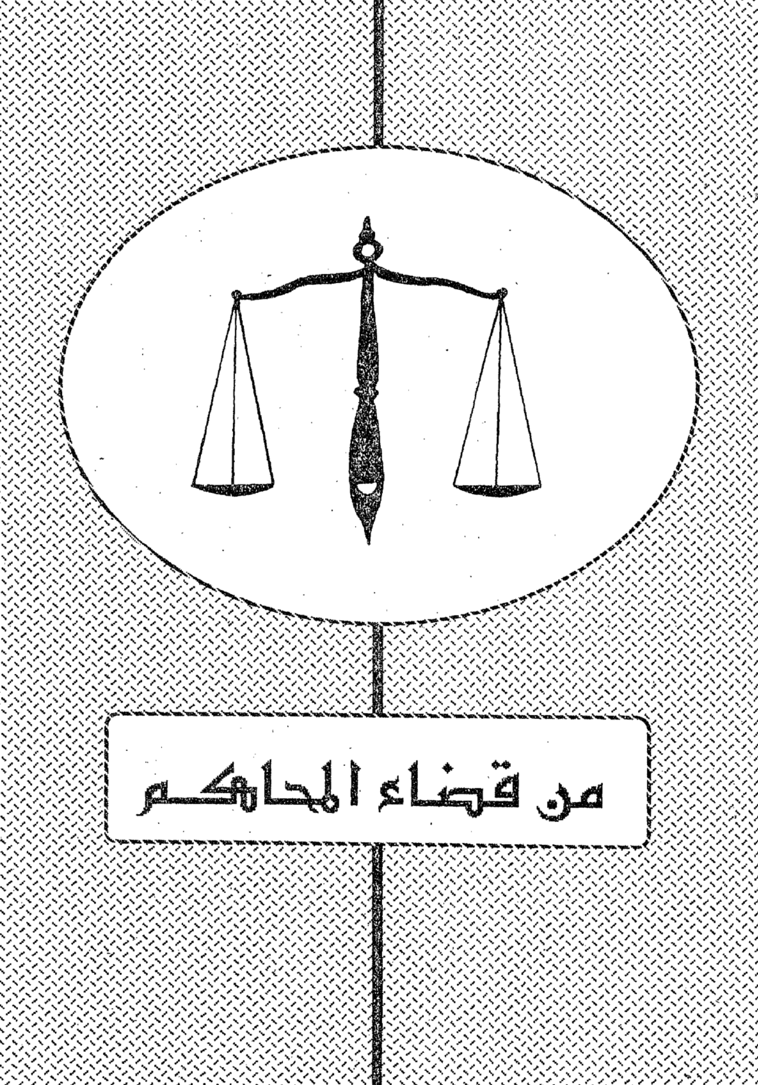
وحق لنا – ونحن شركاء مع القضاء فى إقامة العدل – أن نتساءل كيف تستقيم تلك الإنتدابات المشبوهة مع مبدأ الفصل بين السلطات ، ذلك المبدأ الذى يفرض على القاضى أن يظل عابداً فى محراب العدالة فلا يتجاوز حدوده .. ومن ثم فإن رضاء القاضى بانتدابه يعنى تجرده من استقلاله الذى هو دعامة القضاء .. ذلك الاستقلال الذى يتمثل فى ضمير غير مزعزع ، ووجدان غير سقيم ، وشجاعة فيما يصدر عنه من أحكام .. وليعلم المنتدبون من رجال القضاء إن وشاح القاضى الذى يرتديه لن يصوغ استقلالا ...!!

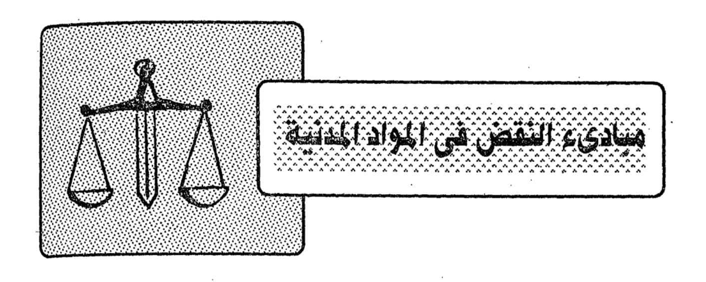
إن علينا أن ندرك أنه إذا كان استقلال القاضى ضرورة حتمية لتحقيق العدل ، فإن الغاء إنتداب القضاة ضرورة حتمية لاستقلال القضاء

سكرتير التحرير
عصمت الهوارى
المحامى

بغير الانسان الحر ، وقضاء مستقل ، وبغير محاماة تنتصر للمظلوم أمام ذلك القاضي المستقل لن يسلم حالنا أبداً .

من اقوال الاستاذ الجليل
النقيب احمد الخواجه


من قضاء المحاكم



(١)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

(١) دفوع " الدفوع الشكلية : الدفع بعدم القبول " . دعوى " شروط قبولها " .

الدفع بعدم القبول . المقصود منه الإجراء الذى يوجب القانون إتخاذه حتى تستقيم الدعوى . الدفع بتخلفه . إعتباره دفعاً شكلياً . خروجه عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت صلته بالصفة أو المصلحة فى الدعوى أو بالحق فى رفعها . العبرة فى تكييف الدفع بحقيقة جوهره ومرماه لا بالتسمية التى تطلق عليه .

(٢-٤) إيجار " إيجار الأماكن : التأجير المفروش : قيد عقد الإيجار : إلتزامات المستأجر " دعوى " شروط قبولها . " دفوع " الدفوع الشكلية : الدفع بعدم القبول " إستئناف نطاقه " قانون " سريانه " .

(٢) وجوب قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة كإجراء لازم لسماع الدعوى الناشئة أو المترتبة عليه ، المواد ٣٩ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الغاية منه عدم إتصاله بالصفة أو المصلحة فى الدعوى وبالحق فى رفعها مؤداه خروجه عن نطاق الدفع بعدم القبول وإعتباره دفعاً شكلياً علة ذلك .

(٣) طلب الإخلاء والتسليم لإنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش تضمنه طلب إلزام المستأجر بتنفيذ إلتزامه التعاقدى عيناً برد العين المؤجرة . م ٥٩٠ مدنى . مؤداه خضوع الدعوى المرفوعة به بعد العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للقيد الوارد بالمادة ٤٢ منه ، ولو أبرم العقد أو إنتهت مدته فى تاريخ سابق على سريان القانون المذكور علة ذلك .

(٤) قضاء محكمة أول درجة بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة . المادتان ٤٢ ، ٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا تستنفذ به ولايتها فى الفصل فى موضوعها ولو تطرقت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة توصلاً للفصل فى الدفع بعدم سماع الدعوى مؤدى ذلك إلغاء محكمة الإستئناف هذا الحكم إلتزامها بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فى موضوعها . تصديها لنظرة تفويت لإحدى درجتى التقاضى .

١- لئن كان المشرع لم يضع تعريفاً للدفع بعدم القبول تقديراً منه - لصعوبة فرص تحديد جامع مانع له - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات السابق فى صدد المادة ١٤٢ منه المقابلة للمادة ١١٥ من القانون القائم - إلا إنه وعلى ضوء ما جاء بتلك المذكرة من إنه الدفع الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى بإعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كإنعدام الحق فى الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لإنقضاء المدة المحددة فى القانون لرفعها ، فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون إتخاذه وحتى تستقيم الدعوى ، فإن الدفع المبنى على تخلف هذا الإجراء يعد دفعاً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت صلته بالصفة أو المصلحة فى الدعوى أو بالحق فى رفعها ، وذلك دون إعتداد بالتسمية التى تطلق عليه لأن العبرة فى تكييف الدفع هى بحقيقة جوهره ومرماه .

٢- النص فى المادة ٤٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وفى المادة ٤٣ من ذات القانون - يدل على أن المشرع فرض على المؤجر إتخاذ إجراء معين يتمثل فى وجوب قيد عقد الإيجار المفروش الذى يبرم طبقاً لأحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ من القانون المذكور بالوحدة المحلية المختصة ، وفرض على تخلف هذا الإجراء جزاء معيناً هو عدم سماع الدعوى الناشئة أو المترتبة على ذلك العقد إستهدف به إحكام الرقابة على الشقق المفروشة ضماناً لتحصيل الضرائب المستحقة على مثل هذا النشاط ، ولما كان هذا الإجراء الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المؤجر لا صلة له بالصفة أو المصلحة فى الدعوى ولا يتعلق بالحق فى رفعها بإعتبار إنه لا يرمى إلى الطعن بإنعدام هذا الحق أو سقوطه أو بإنقضائه وإنما هو قيد مؤقت إن أتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى إستقامت ، وبالتالى فإنه يخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول ويعد دفعاً شكلياً .

٣- إذ كانت الدعوى بطلب الإخلاء والتسليم المبنى على إنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش تتضمن فى حقيقتها وبحسب التكييف القانونى السليم طلباً بإلزام المستأجر بتنفيذ إلتزامه التعاقدى عيناً برد العين المؤجرة والذى نصت عليه المادة ٥٩٠ من القانون المدنى بقولها " يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند إنتهاء العقد " وهى على هذا النحو تستند إلى عقد الإيجار ، وكان المقرر إن الدعوى تخضع من حيث شروط قبولها وإجراءاتها للقانون السارى وقت رفعها ، وكانت الهيئة قد إنتهت سلفاً إلى أن ما نصت عليه المادتين ٤٢ ، ٤٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من إلتزام المؤجر بقيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة وحتى تسمع دعواه المستندة إلى هذا العقد - لا يعدو أن يكون إجراء لا تستقيم الدعوى إلا بإتخاذه ، وكانت

الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء والتسليم لإنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش - قد أقيمت فى تاريخ لاحق على العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن ثم تخضع للقيد الذى أوجبته المادة ٤٢ منه وإلا كانت غير مسموعة إلتزاماً بحكم المادة ٤٣ من ذات القانون ، وذلك دون إعتداد بإبرام العقد أو إنتهاء مدته فى تاريخ سابق على سريان القانون المذكور طالما أن الأمر يتعلق بإجراء لازم لإستقامة الدعوى المستندة إلى ذلك العقد فيتعين النظر إلى وقت رفعها .

٤- إذ كان المقرر أن الحكم بقبول الدفع الشكلى لا يعد فصلاً فى موضوع الدعوى ، وبالتالى فإن محكمة الدرجة الأولى إذا قضت بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية لا تكون قد إستنفذت ولايتها بالفصل فى موضوعها ولو تطرفت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة طالما أن ذلك من جانبها لم يكن إلا لتباين مدى خضوع العقد للقيد الذى فرضته المادة ٤٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وصولاً منها للفصل فى الدفع بعدم السماع الذى أوجبته المادة ٤٣ من ذات القانون - فإنه كان يتعين على محكمة الإستئناف وقد ألغت الحكم المستأنف القاضى بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة - أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فى موضوعها ، أما وقد تصدت لنظره فإنها تكون قد أهدرت إحدى درجتى التقاضى فخالفت بذلك القانون وأخطأت فى تطبيقه .

(الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٥٠ ق هيئة عامة)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

إستئناف " صحيفة الإستئناف " . بطلان " بطلان الإجراءات " . محاماة . نظام عام : " المسائل المتعلقة بالنظام العام " .

عدم التوقيع على صحيفة الإستئناف من محام مقبول أمام محاكم الإستئناف . أثره بطلان الصحيفة . تعلقة بالنظام العام . جواز إستيفاء التوقيع فى الجلسة . شرطه . أن يكون خلال ميعاد الإستئناف . علة ذلك .

النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ - المنطبق على واقعة الدعوى - على إنه لا يجوز تقديم صحف الإستئناف أو تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الإدارى إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقربين أمامها ، " يدل على أن المشرع قصد من توقيع المحامى على صحف الدعاوى رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت ، لأن إشراف المحامى على تحرير صحف الإستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية ، مما يعود بالضرر على ذوى الشأن ومن ثم فإن هذا البطلان يكون متعلقاً بالنظام العام وإن كان يجوز إستيفاء التوقيع فى الجلسة خلال ميعاد الإستئناف .

(الطعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥١ ق)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٤

(١) حيازة " دعوى الحيازة " . دعوى " أنواع من الدعاوى : دعوى الحيازة " .

حظر الجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالحق . م ٤٤ مرافعات . شرطه . رفع دعوى الحيازة من الحائز على المغتدى نفسه . قصر الطاعن طلباته أمام محكمة الدرجة الأولى على إسترداد حيازة العين من مورث الطاعنين وطلبه فى الإستئناف " إحتياطياً " الحكم على شخص آخر بصحة ونفاذ عقد الإيجار - عدم إعتباره جمعاً بين دعوى الحيازة ودعوى الحق .

(٢) محكمة الموضوع " سلطتها فى تقدير الدليـــل " .

تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير ما يقدم فيها من أدلة من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(١) لما كانت دعوى الحيازة التى لا يجوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط الإدعاء بالحيازة طبقاً لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات - هى تلك التى ترفع من الحائز على المعتدى نفسه ، وكان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة على طلب إسترداد الحيازة ، ثم طلب فى الاستئناف - إحتياطياً وبالنسبة للمؤجر فقط - الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار فإنه لا يكون قد جمع بالنسبة لمورث الطاعنين بين دعوى الحيازة وبين الدعوى بالحق .

(٢) لما كان تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير قيمة ما يقدم إلى محكمة الموضوع من أدلة هو مما يدخل فى سلطتها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، وكان الحكم المطعون قد أقام قضاءه على ما إنتهى إليه فى مدوناته من أن " المحكمة ترى فى أقوال شهود المستأنف " المطعون ضده الأول " ما يؤكد حيازته المادية للشقة موضوع الدعوى وإقامته أبوابها قبل إستيلاء مورث المستأنف عليهم " الطاعنين " عليها وقت هجوم الأهالى على الشقق بتاريخ ... على ما هو ثابت من أوراق الدعوى وكان هذا الذى إليه الحكم سائغاً وله أصل ثابت فى الأوراق فإن النعى بهذه الأسباب لا يعدو أن يكون فى حقيقته جدلاً موضوعياً مما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٥١٦ لسنة ٥١ ق)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢

(١-٢) دعوى "مسائل تعترض سير الخصومة : سقوط الخصومة " . نقض " النقض والإحالة : أثر نقض الحكم " . تجزئه . إســتئناف " ســقوط الخصومة فى الإستئناف " .

(١) نقض الحكم . أثره . متابعة السير فى الخصومة . سبيله . تعجيل الدعوى أمام محكمة الإحالة بتكليف بالحضور يعلن إلى الطرف الآخر خلال سنة من تاريخ حكم النقض . إغفال ذلك أثره . سقوط الخصومة . لكل ذى مصلحة التمسك به بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع .

(٢) سقوط الخصومة . قابليته للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة . فإن سقوطها بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للباقى . م١٣٦ مرافعات .

(٣) سقوط الخصومة فى الإستئناف . أثره . صيرورة الحكم المستأنف نهائياً طالما لم تتناوله محكمة الإستئناف بالتعديل أو الإلغاء قبل سقوطها . م ١٣٨ / ١ مرافعات .

١- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن نقض الحكم لا ينشىء خصومة جديدة بل هو يزيل الحكم المنقوض ، فإن صدر لمصلحة المستأنف ذلك الحكم وجب عليه إذا ما أراد متابعة السير فى الخصومة أمام محكمة الإحالة أن يعجلها خلال سنة من تاريخ صدور حكم النقض فتستأنف الدعوى سيرها بتكليف بالحضور يعلن بناء على طلبه إلى الطرف الآخر ، فإن أهمل القيام بهذا الإجراء كان لكل صاحب مصلحة التمسك بسقوط الخصومة إما بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع أمام تلك المحكمة وتبدأ مدة السقوط فى هذه الحالة من تاريخ صدور حكم النقض بإعتباره أنه آخر إجراء صحيح فى الدعوى .

٢- المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الخصومة فيما يتعلق بسقوطها ووفقاً لنص المادة ١٣٦ من قانون المرافعات قابلة للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة إذ فى هذه الحالة يترتب على سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم سقوطها بالنسبة للباقين .

٣- مفاد نص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات المترتب على القضاء بسقوط الخصومة فى الإستئناف أن يصبح الحكم المستأنف نهائياً ما دام أنه بقى على حالة ولم تتناوله محكمة الإستئناف بأى تعديل أو إلغاء قبل سقوط الخصومة .

(الطعن رقم ٢٤٤٧ لسنة ٥٦ ق)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣

(١) إختصاص " إختصاص محلى " . دعوى " الخصوم فى الدعوى " .

تحديد المدعى عليه فى الدعوى . مناطه . أن تكون وجهت إليه طلبات فيها تعدد المدعى عليهم فى الدعوى تعدداً حقيقياً على إختلاف مراكزهم القانونية فيها . أثره . المدعى رفع الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم سواء كان مسئولاً بصفة أصلية أو ضامناً علة ذلك .

(٢) تعويض . مسئولية "مسئولية تقصيرية" . إساءة إستعمال حق التقاضى الإبلاغ عن الجرائم ".

إبلاغ السلطات المختصة من المباحات .

مساءلة المبلغ . شرطه . ثبوت كذب البلاغ وتوافر سوء القصد أو صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم إحتياط .

(٣) مسئولية " مسئولية تقصيرية " . محكمة الموضوع . نقض " سلطة محكمة النقض " .

محكمة الموضوع . سلطتها إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية متى كان سائغاً ومستمداً من

عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى تكييف الفعل بأنه خطأ من عدمه . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(٤) حكم " حجية الحكم : قرارات لا حجية لها : قرارات سلطات التحقيق " .

نيابة عامة " قرارات سلطات التحقيق " .

الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا حجية لها أمام القاضى المدنى . علة ذلك .

(٥) حكم " الفساد فى الإستبدال " نفاذه " الفساد : الإستدلال : ما يعد كذلك " القصور فى التسبيب : ما يعد كذلك " .

إستناد الحكم إلى قرينة ضمن قرائن أخرى معينة إستدلاً له بها مجتمعة دون بيان أثر كل منها فى تكوين عقيدة المحكمة . فساد فى الإستدلال وقصور فى التسبيب .

(٦) إثبات " القرائن " . محكمة الموضوع .

محكمة الموضوع سلطتها فى استنباط القرائن . شرطه . أن يكون سائغاً .

(٧ ، ٨) مسئولية " مسئولية تقصيرية " . أسباب الإباحة " إساءة إستعمال الحق ". تعويض .

(٧) إطاعة القانون من أسباب الإباحة .م ٦٣ عقوبات . شرطه . أن يكون مطابقاً للقانون .

(٨) مساءلة الموظف لإساءة إستعمال حقه . شرطه . إنحرافه فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه بقصد الأضرار بالغير لأغراض نائيه عن المصلحة العامة .

١- المقرر فى قضاء هذه المحكمة إنه متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده إستهداء بقصد المشرع منه لما فى ذلك من إستحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل ، ولما كان النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن " وإذا تعدد المدعى عليهم كان الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم " قد ورد فى عبارة عامة مطلقة بحيث يتسع لكافة المدعى عليهم المتعددين فى الخصومة تعدداً حقيقياً ، والمقصود بهم هؤلاء الذين وجهت إليهم طلبات فى الدعوى لا أولئك الذين إختصوا ليصدر الحكم فى مواجهتهم أو لمجرد المثول فيها . فمن ثم يجوز للمدعى طبقاً لهذا النص رفع الدعوى عليهم المتعددين تعدداً حقيقياً على إختلاف مراكزهم القانونية فيها أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم سواء كان مسئولاً بصفة أصلية أو ضماناً دون قيد أو تخصيص ، ولا محل للقول بقصر تطبيق حكمه على فئة المدعى عليهم المتساوين فى المراكز القانونية فى الدعوى دون سواهم أو تغليب موطن المسئول الأصلى على موطن الضامن له عند تحديد المحكمة المختصة محلياً لما ينطوى عليه ذلك القول من تقييد لمطلق النص وتخصيص العمومة بغير مخصص وهو ما لا يجوز .

٢- النص فى المادتين ٢٥ . ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم التى يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى أو طلب يعتبر حقاً مقرراً لكل شخص وواجباً على كل

من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ، ومن ثم فإن إستعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا تترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم إحتياط ، أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذى أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه .

٣- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وإن كان يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط أن يكون إستخلاصاً سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى ، كما أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه من المسائل التى يخضع قضاء الوضوع فيها لرقابة محكمة النقض وتمتد هذه الرقابة إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة إستخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التى كان لها أثر فى تقدير الخطأ وإستخلاصه .

٤- من المقرر أن القرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تفصل فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة وإنما تفصل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل فى موضوعها ، ومن ثم فلا تكتسب تلك القرارات أية حجية أمام القاضى المدنى .

٥- لا يقل الحكم من عثراته ويذهب عنه فساده إعتبار مبرر حفظ الشكوى مجرد قرينة طالما كانت هذه القرينة ضمن القرائن الأخرى المعيبة السالفة التى إستدل بها الحكم مجتمعة على خطأ الطاعن وكان لا يبين أثر كل واحدة من هذه القرائن فى تكوين عقيدة المحكمة ، لما كان ذلك وكان الحكم قد أغفل دفاع الطاعن الذى ضمنه مذكرته المقدمة لمحكمة الإستئناف بتاريخ ١٩٨٤/٣/٣ بشأن صحة بلاغه وحسن نيته وما أستدل به على ذلك مع كونه دفاعاً جوهرياً فيكون قد عاره فضلاً عن الفساد فى الإستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق القصور فى التسبيب .

٦- الأصل فى إستنباط القرائن إنها من إطلاقات محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون إستنباطها سائغاً وأن يكون إستدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التى بنى عليها قضاءه .

٧- إطاعة القانون طبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون العقوبات من أسباب الإباحة الى لا توجب أية مسئولية جنائية كانت أو مدنية قبل من أطاعة ، فإذا ما عهد القانون بإختصاص معين لموظف فإن ما يصدر عنه من عمل فى نطاق ذلك الإختصاص يكون مباحاً طالما كان مطابقاً للقانون .

٨- من المقرر أن إساءة الموظف إستعمال حقه تقتضى قيام الدليل على إنه إنحرف فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه وإنه لم يتصرف التصرف الذى إتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نائيه عن المصلحة العامة ، فإذا إنتفى ذلك القصد وتبين للقاضى أن العمل الذى أتاه

الموظف قد أملاه واجب الوظيفة فلا يصح القول بأنه أساء إستعمال حقه .

(الطعون أرقام ١٦٩٧ . ١٧٢٣ . ١٧٦٩ . ١٧٦٢ . ١٧٧٥ لسنة ٥٥ ق)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٨

نقض " أثر نقض الحكم " . إستئناف " سلطة محكمة الإحالة " . تعويض " . تقديره " .

دمج الضررين اللذين لحقا بالوارث والمورث عند القضاء بالتعويض دون تخصيص لمقدار كل منهما . لا يؤثر فى أن كل عنصر منهما كان له حسابه فى تقدير التعويض . نقض الحكم لعدم جواز التعويض عن أحد العنصرين . يوجب على محكمة الإحالة خصم ما يقابله من تعويض . مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .

لما كان دمج الضررين الذين لحقا بالوارث والمورث عند القضاء بالتعويض عنهما بعد تخصيص لمقداره عن كل منهما ، لا يحول دون قيام حقيقة أن كل عنصر منهما كان له حسابه فى تحديد مقدار التعويض المقضى به ، فإذا نقض الحكم لهدم جواز القضاء بالتعويض عن أحد هذين العنصرين وجب على محكمة الإحالة أن تخصم ما ترى أن يقابله من مقدار التعويض المقضى به وإلا كان قضاؤها مخالفاً للقانون ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٩١ لسنة ٥٥ ق)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/٣/١

عقد " فسخ العقد " . محكمة الموضوع " . سلطة محكمة الموضوع : فى العقود . أسباب الفسخ . تقدير كفايتها من عدمه من سلطة محكمة الموضوع شرطه .

تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها - وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة - هو من سلطة محكمة الموضوع متى كان إستخلاصها سائغاً وله أصله الثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٩٧٦ لسنة ٥٥ ق)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/٣/٨

(١) إثبات " طرق الإثبات : اليمين الحاسمة " . محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع فى اليمين الحاسمة " .

اليمين الحاسمة . جواز توجيهها فى واقعة قانونية دون مسألة قانونية . علة ذلك . توجيه اليمين بصفة تتعلق بالطبيعة القانونية وما إذا كانت ثمة فوائد مستحقة ومقدارها وتاريخ إستحقاقها . من مسائل القانون .

(٢) أوراق تجارية " الشيك " .

الشيك . الأصل فيه أن يكون مدنياً . عدم إعتباره ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

(٣) فوائد الفوائد القانونية أمر أداء .

الفوائد القانونية . الأصل سريانها من تاريخ المطالبة القضائية .م ٢٢٦ مدنى الإستثناء أن تحديد الإتفاق أو العرف التجارى . تاريخها آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك .

(٤) أمر أداء " طلب الأمر ، التكليف بالوفاء" . دعوى . صحيفة الدعوى . عريضة إستصدار أمر الأداء . بديل لصحيفة الدعوى . التكليف بالوفاءأمر سابق عليها وشرط لصدور الأمر . عدم إعتبارة من قبيل المطالبة القضائية .

(٥) فوائد " الفوائد القانونية " . إلتزام .

تأخر المدين فى الوفاء . أثره . إلزامه بالفوائد القانونية ما لم تثبت سوء نيته أو ترتب عليها إلحاق ضرراً . إستئناف بالدائن . مدنى .

١- إنه وإن كانت اليمين الحاسمة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ملكاً للخصوم وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إنه لا يجوز أن توجه إلا فى واقعة قانونية لا فى مسألة قانونية ، ذلك أن إستخلاص حكم القانون من شأن القاضى وحده لا من شأن الخصوم ، وإذ كان الثابت فى الدعوى أن صيغة اليمين الحاسمة التى طلب الطاعن توجيهها التى المطعون عليه هى " أقسم بالله العظيم أن المستأنف لا يستحق تعديل الحكم المستأنف إلى قبول جميع طلباته بقيمتها الواردة فى ختام صحيفة الإستئناف " وهى التى تتعلق بطبيعة الشيك القانونية وما إذا كان ثمة فوائد مستحقة ومقدارها وتاريخ إستحقاقها وكلها من مسائل القانون فأن الحكم المطعون فيه إذا رفض توجيه اليمين يكون قد إلتزم صحيح القانون .

٢- الأصل فى الشيك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون مدنياً ولا يعتبر ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

٣- الأصل طبقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الإتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك .

٤- العريضة التى تقدم إستصدار أمر الأداء هى البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء . أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة هو إجراء سابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضائية .

٥- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ، ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر إستئناف بالدائن ، وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدنى .

(الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٥٦ ق)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/٣/٩

حكم " تسبيب الحكم " عيوب التدليل " ما يعد قصوراً " . إغفال الرد على الدفاع الجوهرى المؤثر فى النتيجة الى إنتهى إليها الحكم قصور .

شفعة . بيع . تسجيل عقد البيع غير المسجل منتج لإثارة ثبوت الشفعة فيه .

شفعة " توالى البيوع " . دعوى . بيع . تسجيل . إعلان إلتزام الشفيع فى حالة توالى البيوع بإدخال المشترى الثانى خصماً فى الدعوى متى تم البيع الثانى قبل تسجيل إعلان الرغبة . مؤدى ذلك . وجوب توجيه طلب الشفعة إلى طرفى البيع الثانى . لا يغير من ذلك سبق إختصام المشترى الأول فى الدعوى فى البيع الأول . علة ذلك . توجيه إعلان الرغبة بإعلان رسمى فى موطنهما ولو كان مختاراً وإلا كان باطلاً . م ٩٤٠ ، ٩٤٢ / مدنى . ثبوته من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها .

(١) إغفال الرد على أوجه دفاع الخصم لا يعد من قبيل القصور إلا إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهى إليها .

(٢) من المقرر أن البيع ولو وقع من مشتر لم يسجل عقد شرائه هو بيع قائم ومنتج لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع إستوفى أركانه .

(٣) يدل النص فى المادة ٩٣٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً لما جرى به نص هذه المادة ضد المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، وذلك لزوال قابليته البيع الأول للأخذ فيه بالشفعة ، والتالى صار متعيناً على الشفيع أن يوجه طلبه إلى طرفى البيع الثانى وبشروط هذا البيع ، فيصبح الخصوم فيه هماً البائع فى هذا العقد أى المشترى الأول والمشترى الثانى لا يغير من ذلك أن يكون المشترى الأول قد سبق إختصامه فى الدعوى فى البيع الأول قبل توجيه طلب الشفعة فى البيع الثانى وذلك لزوال ذلك البيع بحصول الثانى ، ويكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لكل من المشترى ، والبائع إعلاناً رسمياً على يد محضر وإلا كان باطلاً كما تنص بذلك صراحة المادتان ٩٤٠ ، ٩٤٢ / ١ من القانون المدنى ويوجه إلى موطن كل منهما إلا إذا كان أيهما قد إتخذ موطناً مختاراً له فيجوز إعلان الرغبة فى هذا الموطن ، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبته له أو صورتها .

(الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٥٤ ق)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/٣/١٥

(١) دعوى " مسائل تعترض سير الخصومة : إعتبار الدعوى كأن لم تكن " . محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع " . إستئناف " سلطة محكمة الإستئناف " .

الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن وفقاً للمادة ١٩ مرافعات جوازى . سلطة تقديره لمحكمة الموضوع . إلتزام محكمة الإستئناف بمراجعة تقديرها فى هذا الشأن .

(٢) حكم " تسبيب الحكم " . نقض .

إستطراد الحكم إلى ما يستقام بدونه . لا عيب

١- مفاد نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن هو أمر جوازى لمحكمة الموضوع يرجع فيه إلى تقديرها ، وعلى محكمة الإستئناف مراجعة محكمة الدرجة الأولى فى تقديرها له .

٢- إذ أفصح الحكم الإبتدائى المؤيد فى نتيجته بالحكم المطعون فيه بأسبابه بأن القضاء بإعتبار الدعوى كأن لم تكن يغنى المحكمة عن نظر الموضوع ، فلا يعيبه ما إستطرد إليه فى خصوص الدفع بعدم قبول الدعوى إذ يستقيم الحكم بدونه .

(الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٥٣ ق)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٣

(١ . ٢) نقض أسباب الطعن : السبب المتعلق بالنظام العام ." نظام عام" المسائل المتعلقة بالنظام العام " . دعوى . بطلان .

(١) الأسباب المتعلقة بالنظام العام . لمحكمة النقض التصدى لها من تلقاء نفسها ، ولو لم ترد فى صحيفة الطعن .م ٢٥٣/٣/مرافعات .

(٢) الأحكام المتعلقة بولاية القاضى النظر فى القضايا والفصل فيها من النظام العام جزاء مخالفتها . بطلان الإجراءات بما فى ذلك الحكم الصادر فى الدعوى . أثر ذلك .

(٣) وصية . حكم " إصدار الحكم " . قضاه . دعوى .

القضاء على المسلم . حظر توليه على غير المسلم . علة ذلك . نطاقه . الدعاوى الأصلية التى تسرى على الخصومة المطروحة فيها أحكام الشريعة الإسلامية وسائر المنازعات المتفرعة عن دعاوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة يوجب القانون بشأنها تطبيق أحكام هذه الشريعة . إقتصاره على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة . مجرد إشتراك القاضى غير المسلم فى تلاوة الحكم خروجه عن نطاق هذا الحظر . علة ذلك .

النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ من

قانون المرافعات يدل على أن لمحكمة النقض أن تغير من تلقاء نفسها الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم ترد فى صحيفة الطعن .

٢- إذ كانت الأحكام المتعلقة بولاية القاضى النظر فى القضايا والفصل فيها تتعلق بأصل أساسى من أصول التقاضى المعتبرة من النظام العام والتى يترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات بما فيها الحكم الصادر فى الدعوى ، فإنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣- إذ كان من المقرر ووفقاً لما توجبه المادة ٩١٥ من القانون المدنى سريان أحكام الشريعة الإسلامية على الوصية وما قنن من أحكامها فى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وكان من الأصول المقررة التى اتفق عليها الإجماع فى الشريعة الإسلامية إستمداداً من الكتاب والسنة إنه يشترط فى ولاية القاضى الذى يفصل فى أنزعة المسلمين توافر شروط معينة أولها وعمدتها الإسلام فهى تحظر على غير المسلم ولاية القضاء على المسلم لإنتفاء هذه الولاية شرعاً ، وهو حظر مطلق شامل للدعاوى الأصلية الي تسرى على الخصومة المطروحة فيها أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك سائر المنازعات المتفرعة عن دعاوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة يوجب القانون بشأنها تطبيق أحكام هذه الشريعة ، وهذا الحظر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يتحقق عند الفصل فى الخصومة لأن هذا الفصل هو مناط تمكن الولاية فيخرج عن نطاقه مجرد إشتراك القاضى غير المسلم فى الهيئة التى نطقت بالحكم بدلاً عن قاضى آخر شارك فى الفصل فى الخصومة وعرض له مانع حضور تلاوة الحكم إعتباراً بأن المشاركة فى تلاوة الحكم لا تعدو كونها عملاً إجرائياً يحكمه قانون المرافعات والقوانين المكملة له ويختلف فى ذلك عن ولاية الفصل فى خصومة تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية .

(الطعن رقم ٢٤٧٤ لسنة ٥٦ ق)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢

(١ ، ٢) حكم " الطعن فيه : الأحكام غير الجائز الطعن فيها " .

نقض " حالات الطعن " . إختصاص " الإختصاص القيمى ".

(١) عدم جواز الطعن على إستقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم المنهى لها الإستثناء .م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك . الخصومة التى ينظر إلى إنتهائها والحكم المنهى لها . ماهيتهما .

(٢) القضاء بإلغاء الحكم المستأنف الصادر بعدم إختصاص المحكمة الإبتدائية فيما بنظر الدعوى والإحالة وبإختصاصها بنظرها ليس من الأحكام المستثناه ، كما لا تنتهى به الخصومة . أثره . عدم جواز الطعن عليه بالنقض على إستقلال .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة ٢١٢ من قانون المرافعات إذ نصت على أن " لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بتوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى " فإن مفاد ذلك ، وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على إستقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى ، أو التى تصدر فى شق من الدعوى وتكون قابلة للتنفيذ الجبرى ورأى المشرع فى ذلك هو الرغبة فى منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم مما يؤدى إلى تعويق الفصل فى موضوع الدعوى وما يترتب على ذلك من زيادة نفقات التقاضى ، وأن الخصومة التى بنظرها إنتهائها أعمالاً لهذا النص هى الخصومة الأصلية المرددة ليس فى التداعى الذى يجوز الطعن فيه تبعاً لذلك هو الحكم الذى تنتهى به الأصلية برمتها وليس الحكم الذى يصدر فى شق منها أو مسألة عارضة عليها أو متصلة بالإثبات فيها ، ويحكم فى هذا الصدد بالخصومة حسب نطاقها الذى رفعت به أمام محكمة الإستئناف .

لما كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف القاضى بحكم إختصاص المحكمة الإبتدائية فيما بنظر الدعوى - وإختصاصها بنظرها وإحالتها إليها للفصل فى موضوعها - فإن هذا القضاء لا تنتهى به الخصومة الأصلية المرددة بين أطراف الدعوى والتى تعلق النزاع فيها بصدور أحقية المطعون عليهما الأول والثانى فى أخذ العقار محل النزاع بالشفعة ولا يندرج ضمن باقى الأحكام التى استثنتها على سبيل الحصر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بالنقض إستقلالاً .

(الطعن رقم ٤٨ السنة ٥٥ ق)

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨

إثبات اليمين الحاسمة " الدفع بالجهالة " . محكمة الموضوع " تقدير الدليل " .

إستخلاص كيديه اليمين الحاسمة أو عدم جدية الدفع بالجهالة . من سلطة محكمة الموضوع شرطه . أن يكون سائغاً له أصل ثابت فى وقائع الدعوى

ومستنداتها . إستخلاص المحكمة كيدية اليمين بشأن حقيقة مضمون العقد وكيديه دفع الطاعنتين بجهالة بصمة الختم المنسوبة لمورثتهما من مجرد اقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمتها على ورقة النزاع . خطأ فى القانون وفساد فى الإستدلال . علة ذلك .

مناط السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فى إستخلاص كيدية اليمين الحاسمة ومنع توجيهها ، أو إستخلاص عدم جدية الدفع بالجهالة ورفضه دون تحقيق صحة التوقيع المنسوب للمورث ، أن يكون هذا الإستخلاص سائغاً له أصل ثابت فى وقائع الدعوى ومستنداتها ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد إستخلص من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمتها على الورقة محل النزاع اليمين الحاسمة الى طلبت توجيهها إلى المطعون ضده بشأن حقيقة مضمون هذه الورقة وقبضها الثمن اليمين فيها - يمين كيدية ، وأن دفع الطاعنتين بالجهالة بالمنسوبة لبصمة الختم المنسبة لمورثتهما على العقد هو دفع غير جدى ، وأخذ بالعقد بناء على ذلك ، دون توجيه اليمين الحاسمة ولا يمين عدم العلم ، ودن تحقيق بصمة الختم المنسوبة للمورثة عليه - فى حين أن إقرار الطاعنة الأولى بصحة أصبعها على ورقة العقد وإن كان يكفى حجة على إنها إرتضت مضمون هذه الورقة وإلتزمت به إلا أنه - وقد إدعت إنه مختلس غشاً لا يبرر مصادرة حقها فى إثبات هذا الإدعاء ، ولا يفيد إنها متعسفة فى إستعمال حقها هذا بالإحكام إلى ذمة أخيها باليمين الحاسمة ، كما إنه لا يدل بحال على صحة بصمة الختم المنسوب للورثة لإختلاف الأمرين وعدم ترتب إحدهما على الآخر - فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وأقام قضاءه على إعتبارات غير سائغة وليس من شأنها أن تؤدى إلى ما إنتهى إليه وشابه بذلك فساد فى الإستدلال .

(الطعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٥٦ ق)

(١٤)

جلسة ١٩٨٩/٤/١٩

تعويض . مسئولية . إستئناف . قوة الأمر المقضى . نقض . إستئناف المطعون ضدها دون الطاعنة الحكم الصادر لصالحها بالتعويض . مؤداه . إكتساب حجية الشىء المقضى فيه بشأن ثبوت أركان المسئولية قبلها . أثره إمتناع تمسكها أمام محكمة النقض بعدم أحقية المطعون ضدهما للتعويض المقضى به .

لما كانت الطاعنة تستأنف الحكم الإبتدائى الذى قضى بإلزامها بأن تدفع للمطعون عليهم خمسة ألاف جنيه تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية الموروثة وهو حكم نهائى فى هذا الخصوص بالنسبة لها ولم تستأنف سوى المطعون عليهم طالبين زيادة التعويض وهو ما كان مطروحاً على

محكمة الإستئناف فإن هذا الحكم يكون قد حاز حجية الشيء المقضى به فى شأن ثبوت أركان المسئولية قبل الطاعنة مما يمتنع عليها أن تعود إلى التمسك بعدم أحقية المطعون ضدهما الأول والثالثة للتعويض عن الضرر المادى الذى قضى به الحكم الإبتدائى .

(الطعن رقم ٩٠٥ لسنة ٥٧ ق)

(١٥)

جلسة ١٩٨٩/٤/١٩

دعوى " نظر الدعوى " . صلح . رسوم " الرسوم القضائية " .

إستحقاق ربع الرسم المسدد إذا ترك المدعى الخصومة أو تصالح مع خصمه فى الجلسة الاولى مقصودها الجلسة التى أعلن المدعى عليه فيها لشخصه أو أعيد إعلانه وأصبحت الدعوى صالحة للمضى فى نظرها طالما تم الترك أو التصالح فيها قبل بدء المرافعة المادتان ٧١ مرافعات ٢٠ مكرراً من قانون الرسوم القضائية ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدل .

النص فى القفرة الأولى من المادة ٧١ من قانون المرافعات والمطابقة للمادة ٢٠ مكرراً من قانون الرسوم القضائية فى المواد المدنية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المضاف بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤ على إنه إذا ترك المدعى الخصومة أو تصالح مع خصمه فى الجلسة الأولى لنظر الدعوى وقبل بدء المرافعة فما يستحق على الدعوى إلا ربع الرسم " يدل على أن المقصود بالجلسة الأولى وعلى ما جرى به هذه المحكمة - هى الجلسة الأولى التى أعلن فيها المدعى إعلاناً صحيحاً وأصبحت فيها الدعوى صالحة للمضى فى نظرها ، وهى لا تكون كذلك - فى غيبة الحالات المستثناه - إلا إذا كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه أو أعيد إعلانه عند عدم إعلانه لشخصه وذلك عملاً بالمادة ٨٤ من قانون المرافعات ، فإذا تصالح المدعى مع خصمه فى هذه الجلسة وقبل بدء المرافعة فيها فلا يستحق على الدعوى إلا ربع السهم .

(الطعن رقم ٢٥٣١ لسنة ٥٥ ق)

(١٦)

جلسة ١٩٨٩/٤/٢٦

إختصاص الإختصاص القيمى " إستئناف " نصاب الإستئناف " دعوى "

تعديل النصاب الإبتدائى للمحاكم الجزئية والنصابالنهائى للمحاكم الإبتدائية ق ٩١ لسنة ٩٨ . عدم سريانه إلا على الدعاوى التى ترفع بعد تاريخ العمل به - اليوم التالى لنشره فى ١٩٨٠/٤/٢٤ الدعاوى والطعون المرفوعة قبل هذا التاريخ سريان نصوص قانون المرافعات

المدنية التجارية قبل تعديلها عليها .

القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٠ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والمعدل به إعتباراً من ١٩٨٠/٤/٢٥ بعد أن نص فى المادة الأولى منه على أن تستبدل عبارة خمسمائة جنيه بعبارة مائتين وخمسين جنيهاً فى المواد ٤١، ٤٢، ٤٥، ٤٧، ٢٧٧، ٤٨٠ من قانون المرافعات المدنى والتجاري أردف النص فى المادة الثانية منه على أن لا تسرى أحكام المادة الأولى على الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الإبتدائية أو محاكم المواد الجزئية قبل تاريخ العمل بهذا القانون ولا على الأحكام الصادرة أو التى صدر من المحاكم المذكورة فى هذه الدعاوى مما مؤداة أن تعديل النصاب الإبتدائية للمحاكم الجزئية والنصاب الإنتهائى للمحاكم الإبتدائية والمشار إليه فى المادة الأولى من هذا القانون لا يسرى إلا على الدعاوى التى ترفع بعد تاريخ العمل به فى اليوم التالى لنشره فى ١٩٨٠/٤/٢٤ أما بالنسبة لما رفع من دعاوى أو طعون قبل هذا التاريخ فيسرى عليها فى هذا الخصوص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ قبل تعديله .

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٧ ق)

(١٧)

جلسة ١٩٨٩/٥/٣

(١) ملكية " حيازة " دعاوى "

دعوى المليكة ودعوى الحيازة . ماهيـة كل منهما .

(٢) نقض " أسـباب الطعن التناقض . حـكم " تسبيب الحكم : عيوب التدليل : التناقض " .

التناقض المفسد للأحكام . ماهيته .

١- دعوى الملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة (١) - تختلف عن دعوى الحيازة فى أن الأولى ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق القضائية الآخرى بطريقة مباشرة ويتناول البحث فيها حتماً أساس الحق المدعى وشروعه ، أما دعوى الحيازة فليس الغرض منها إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كيفية أساسه وعن مشروعيته .

٢- التناقض الذى يفسد الأحكام هو ما تتماحى به أسباب بحيث لا يبقى ما يمكن حمل حكم عليه أوما يـكون واقعاً فى أسـباب بحيث لا يمكن معه أن يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى منطوقه .

(الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٥٧ ق)

(١٨)

جلسة ١٩٨٩/٥/١٧

محكمة الموضوع " سلطة محكمة اموضوع : فى تقدير التعويض " .

تعويض " عناصر التعويض " . نقض .

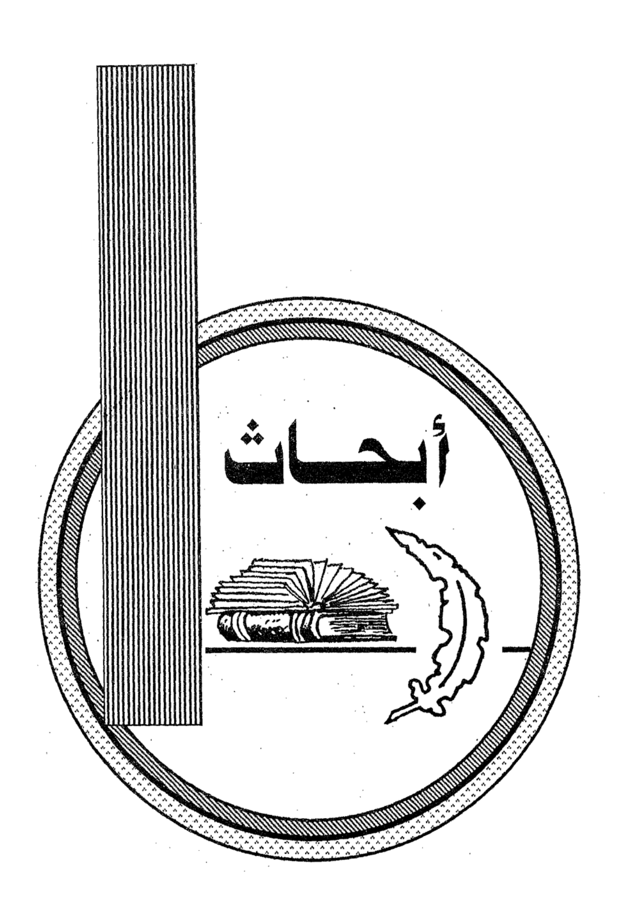
محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير التعويض ، تغنيين العناصر المكونة للضرر . من مسائل القانون . وجوب العرض لها . عدم العرض لما تفاقمت عنه إصابة المضرور . خطأ وقصور .

وإن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير التعويض من سلطة محكمة الموضوع ، إلا أن تعيين العناصر المكونة للضرر والتى يجب أن تحتسب في تقدير التعويض هى من مسائل القانون ويتعين على المحكمة أن تعرض لهذه العناصر جميعاً دون زيادة أو نقصان ، لما كان ذلك وكانت الطاعنة الأولى قد أقامت الدعوى عن نفسها وبصفتها بطلب الحكم بالتعويض عن الإضرار الأدبية والمادية التى لحقت بها وبابنها الطاعن الثانى من جراء ما أصيب بـه من إصابات بساقية وما نتج عنها من بتر فوق الركبتين وركنت فى إثبات ذلك إلى تقرير طبى صادر من مستشفى دمنهور التعليمى بتاريخ ١٩٧٨/٥/١٥ يؤيد مدعاها وكانت محكمة الموضوع قد إعتدت فى تقديرها للتعويض على أن إصابات الطاعن الثانى قد نتج عنها بتر كامل للقدم اليمنى دون أن تعرض لما تفاقمت عنه هذه الأصابات إلى بتر فوق الركبتين فإن الحكم المطعون فيه فضلاً عن خطئه فى تطبيق القانون قد شابه القصور فى التسبيب .

(الطعن رقم ١٠٣٣ لسنة ٥٧ ق)

علمتنا الحياة كيف ندافع عن المظلوم ، وكيف ندفع الجور ، وكيف نرد الحق إلى صاحبه ، وكيف نعيد الحرية لمن فقدها ، وكيف نعيد الأمور إلى نصابها .

من اقوال المغفور له الاستاذ / الجليل النقيب
مصطفى البرادعى


أبحاث

حــق النقــد ومكانه فى التشريع الجنائى المصرى وما استقر عليه القضاء المصرى متوجا بحكم محكمة جنايات القاهـرة رقم ١٦١٠ لسـنة ١٩٩١ الصادر ببراءة جريدة الوفد

للسيد الأستاذ
احمد جمعه شحاته
المحامى بالنقض

– لا شك أن الحرية هى كل شىء فى حياة الإنسان ، وتقوم الأمة بين الأمم بحسب ما يتمتع به سكانها من حرية وما تحققه من حرية الأمم الأخرى .

– وأولى هذه الحريات وأجلها هى حرية الرأى أو حرية التعبير .

– والحديث عن حرية الرأى والتعبير لا يمكن أن يجرى منعزلاً عن الحريات الآخرى .

لأن حرية الرأى والتعبير لا يمكن أن تنعزل عن حرية الصحافة وحرية المواطن من اليد التى تقبض على زمام رزقه ومستقبله ، كما لا يمكن أن تنعزل عن تحرير المواطن من الخوف ومن القلق على غيره ، وحرية الرأى والعبير لا تزدهر بغير الحريات الآخرى ذات المضمون الإجتماعى والحريات الشخصية .

– وحق النقد هو جوهر حرية الرأى ذلك أن حق النقد ليس إلا رأياً بيديه الناقد حول أمر متصل بالمصلحة العامة .

– وهو ذات أهمية مزدوجة فهى بالنسبة للإنسان وسيلة للتعبير عن ذاته وبالنسبة للمجتمع وسيلة إصلاح وتقدم .

– وعلى ذلك فإن الحركات الفكرية الكبرى فى التاريخ التى أسهمت إسهاماً عظيماً فى خلق التقدم أو زيادته ليست إلا وليدة إستعمال حرية الرأى فى أدق صورها وهو حق النقد ، فالنقد رأى حول أمر عام يقصد به الناقد التنبيه إلى خطر يوشك أن يحدق أو عيب يكاد أن يتفشى , أو إبتغاء نفع فى طريق من الطرق أو إلى غير ذلك مما يمس مصلحة المجتمع فى الصميم .

– ولقد علمنا التاريخ أن العصر الذى أتيح فيه للفرد أن يعبر عن ذاته وأن ينقد وأن يعارض هو الوقت الذى تقدمت فيه الإنسانية وحينما إنتصر الإستبداد والقهر وما تبعه من إنتزاع هذا الحق من الإنسان لم تكن هناك حضارة ولم يكن هناك تقدم .

– فالنقد جوهره رأى يصدر عن صاحبه فى الأشخاص عموماً والأشياء عامة ، وسائر ما يعن له فى مجتمعه من أمور بقصد تحقيق نفع عام من وراء إذاعة ونشر هذا الرأى أو تحقيق مصلحة مشروعة .

– وتعد حرية الصحافة إحدى تطبيقات حرية الرأى ، ذلك أن الرأى قد يبدو فى كتاب كما تتضمنه صحيفة ، وقد يعرض مطبوعاً كما قد يعرض مصوراً أو مذاعاً فحرية الصحافة إذن هى حرية التعبير عن الرأى فى الجرائد والمجلات

– ومع أن حرية الصحافة هى إحدى صور حرية الرأى . إلا أن معظم الدساتير لا تكتفى بتسجيل حرية الرأى بل تحرص أيضاً على إبراز حرية الصحافة

تقديراً لأهميتها . على أن الدساتير عادة ما تكتفى بتقرير مبدأ حرية الصحافة ثم تدع للقانون أمر تنظيم هذه الحرية .

- ذلك أن حرية الصحافة لا يمكن أن تكون مطلقة . فهذه الحرية إن لم تتظلم تصبح وبالاً على حقوق المواطنين .

- فحرية الصحافة تحدها حقوق أخرى جديرة بالحماية ، ومن ثم فإن على المشرع وهو يتدخل لتنظيم هذه الحرية أن يوازن بين المصالح الجديرة بالحماية ولا يضع من الحدود لهذه الحرية إلا ما يكون لازماً لحماية حقوق أخرى أكثر جدارة بالحماية .

- ولما كان القانون الجنائى يبسط حمايته على الأشخاص فى أبدانهم وأموالهم ، فإنه يبسطها كذلك على إعتبارهم وشرفهم .

- فالقانون الجنائى يحمى شرف الشخص وإعتباره حماية عامة وسلبية فى نفس الوقت فهو يحميه حماية عامة لا يلاحظ فيها المنزلة الخاصة التى يعتقد الشخص أنه جدير بها ، سواء كان إعتقاده هذا حقاً أو باطلاً ، وهو يحميه فقط حماية سلبية بمعنى أن يمنع عنه فقط الإزدراء والمهانة والتحقير والتعييب .

- ومعنى ذلك أن القانون الجنائى لا يحمى التصرفات ، لأن تصرفات المرء هى الرصيد الذى تتكون منه سمعته فى باب الموهبة والجدارة ، وكل ما يمس هذه السمعة ليس إلا عائقاً فى سبيل المجد وجرحاً يصيب كبرياء الشخص .

- والمجد نعمة يوزعها الرأى العام وحده وليس فى مقدور السلطة أن تمنعه أو تمنحه لأحد من الناس ، ومن ثم يكون حرص الشخص على مقدار ما يعمله الرأى العام عنه ، وكان بالتالى حرصه الشديد على الإبتعاد بأحواله الخاصة عن الرأى العام .

- أما تصرفاته وأراؤه وأعماله فهى للمجتمع يستطيع التعليق عليها والنيل منها وإيراد الأفكار التى تعيبها وتدحضها أو التى تؤيدها وتزكيها فيكشف مواطن الضعف والخطأ ويرشد إلى مواطن الصواب .

- وفى ظل هاتين القاعدتين - قاعدة حماية القانون الجنائى لإعتبار الشخص وقاعدة حق الشخص فى التعليق على تصرفات الآخرين ، تتجلى إباحة النقد .

- وسبب الإباحة يفترض خضوع الفعل لنص يجرمه ، ثم يرى قانون آخر لإعتبارات يقدرها إخراج هذا الفعل بشرائط معينة من نطاق التجريم .

- وتلك الإعتبارات هى التى تقرها وتكفلها الشريعة السائدة فى المجتمع بما تشمله من نصوص وأعراف ترى شرعية الفعل فى ظروف معينة ، ولا يكون على قانون العقوبات إلا أن يساير هذه الشريعة فيما ذهبت إليه من نزع الفعل المجرم من دائرة التجريم ورده إلى نطاق المشروعية .

- وبذلك تكون أسباب الإباحة موضوعية متصلة بذات الفعل موضوع التجريم وليست بذات شخص الفاعل ، ومن ثم يكون الجهل بقيامها غير حائل من الإستفادة بها ، وكذلك يستفيد بها كافة الفاعلين

والشركاء ، ويعنى ذلك أن أثره متعلق بالتكييف القانونى للفعل فهو يجرده من الصفة غير المشروعة ولكنه لا يمس إرداة الفاعل .

- وإذا طبقنا هذه الأحكام على مبدأ النقد نلاحظ أن النقد وإن كان يمس تصرفات الشخص وعمله مجرداً عن شخصه إلا إنه بالضرورة يمس سمعته وإعتباره .

وبذلك نجد أنفسنا أمام قاعدتين قاعدة جنائية تحرم القذف والسب والإهانة مراعاة لإعتبار الشخص وحفاظاً على كرامته ، وقاعدة دستورية تقرر حرية الرأى أو حق التعبير وحرية القول مراعاة للصالح العام ودعماً لسبل التقدم أمام الجماعة .

- ولما كانت القاعدة الثانية تحقق صالح الجماعة ، فيقدم صالح الجماعة على صالح الفرد ، وبالتالى تسود حرية الرأى والقول فتخرج أفعال القذف والسب والإهانة من دائرة التحريم إلى دائرة الإباحة والمشروعية تحقيقاً لغرض أسمى هو مصلحة المجتمع إذا توافرت سائر الشروط .

مصدر الإباحة فى حق النقد فى التشريع المصرى :

- قد ينص قانون العقوبات على سبب الإباحة ويحدد شروطه ، وأهم مثالين لذلك إستعمال السلطة (م٦٣ من ق . العقوبات) وحالة الدفاع الشرعى (المواد ٢٤٥ - ٢٥١) .

- ولكن هل النصوص التشريعية وحدها هى مصدر الإباحة ؟ سبق أن ذكرنا أن العرف قد يكون مصدراً لها ، وكذلك القياس جائز فى تفسير نصوصها لإننا فى مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

بمعنى أن الإعتداد بالعرف أو الإعتماد على القياس لن يؤدى إلى خلق جرائم أو تقرير عقوبات .

- ويذهب الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى إلى أبعد من ذلك فيقرر إنه ليس بشرط أن يسند سبب الإباحة إلى مصدر قانون معين فقد يستخلص من مجموع النصوص القانونية ، وقد يرجع إلى المبادىء العامة للنظام القانونى وروحه ..

- كما يقرر سيادته إنه لا يشترط أن ينص القانون صراحة على سبب الإباحة .

- وهذا ما قرره أستاذنا الجليل يتفق مع ما إستقر قضاء النقض المصرى أستناداً إلى هذه العلة أباح الشارع لساحب الشيك أن يصدر أمراً بعدم الدفع فى حالة ضياع الشيك وما يدخل فى حكمها ، وهى الحالات التى يتحصل فيها على الشيك عن طريق جرائم سلب المال .

" تقديراً من الشارع يعلو حق الساحب على حق المستفيد"

(نقض ١٠ مارس سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٥٥ ص ٣٤٢)

(نقض ٢١ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ رقم ٨١ ص ٣٧٨) .

- ونتيجة أن موضع أسباب الإباحة قد يكون قانون العقوبات وقد يكون فرعاً سواه من أفرع القانون أى أن القانون لم ينص عليها على سبيل الحصر .

- فقد نصت المادة ٤٧ من الدستور المصرى على ما يأى :

" حرية الرأى مكفولة ولكل

إنسان حرية التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو بالكتابة "

" أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون"

" والنقد الذاتى والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطنى "

ونصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات على ما يأتى :

" لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل أرتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة "

- قررت المادة ٦٠ من قانون العقوبات قاعدة أصولية عامة ذلك أن حرية الرأى قاعدة إستقرت فى ضمير الجماعة وأصبحت من القواعد الأساسية لأى جماعة ويستند الحق فيه إلى ما للناس من حرية فى التعبير عن أرائهم .

- وكما سبق أن ذكرنا فى بحثنا السابق عن جرائم الإعتداء على الحق فى السمعة والشرف والإعتبار من أن القانون الجنائى يحمى شرف الشخص وإعتباره حماية عامة وسلبية فى ذات الوقت فهو يحميه حماية عامة لا يلاحظ فيها المنزلة الخاصة التى يعتقد الشخص إنه جدير بها ، وحماية سلبية بمعنى أن يمنع عنه فقط الإزدراء والمهانة والتحقير والتعييب .

- ومفاد ذلك أن القانون الجنائى لا يحمى التصرفات لأن تصرفات المرء هى الرصيد الذى يتكون منه سمعته فى باب الموهبة والجدراة فتصرفات المرء وأعماله وأراؤه فهى للمجتمع يستطيع التعليق عليها والنيل منها وإيراد الأفكار التى تعيبها وتنفيها أو التى تؤيدها وتزكيها وهو ما يتحقق به مصلحة المجتمع .

- ولذلك يقول جيب وولكر كل شخص فى المجتمع مدعو للتعليق على المسائل العامة ، وكل حكومة تحرص على دعم هذا الحق لأفرادها إذا ما حرصت على تقدم مجتمعها .

- والمقصود بكلمة الشريعة فى عجز المادة ٦٠ عقوبات تعنى القانون وتعنى أيضاً الشريعة الإسلامية بدليل أن هذه الأخيرة كانت ومازالت المصدر الأساسى لحق التأديب وليس هناك مانع قانونى يمنع من أن تكون مصدر للحقوق الأخرى ما دام القانون لم ينص على ما يخالفها .

فقد حكم فى قضاء النقض :

" إنه لا يعتبر حقاً ما إختلف عليه الرأى فى الشريعة الإسلامية وحرمه القانون مثل الإسقاط " .

(نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض طعن ١١٩٢) .

حدود إباحة النقد :

سبق أن ذكرنا أن النقد سبب للإباحة من شأنه أن يبيح بعض الجرائم القولية تقدير لمصلحة عليا أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة .

- ويقوم حق النقد على خمسة أركان إذا تخلف أحدها بطل الإحتجاج به وتعرض مدعيه للمسئولية الجنائية أو المدنية أو كليهما .

- ذلك أن القانون لا يعرف الحقوق المطلقة ، فكل حق شرائطه وغايته وإذا خرج به صاحبه عن هذه الدائرة المقررة فى القانون سقط الإحتجاج به .

وأركان هذا الحق هى :

١) الواقعة الثابتة .

٢) أن تكون الواقعة ذات جماهيرية عامة .

٣) أن تكون عبارات النقد ملائمة .

٤) ملائمة التعليق أو الرأى للواقعة وتناسبه معها .

٥) حسن النية .

وتستفاد هذه الشروط من نص المادة ٢ ، ٣ الفقرة الثانية والتى جرمت القذف فى حق ذوى الصفة العمومية ، ونصت الفقرة الثانية على إباحة هذا القذف بالشرائط الواردة فى هذا النص .

- وكلمة الطعن التى جاءت فى عجز نص المادة ٣٠٢ تعنى النقــد ومما يؤكــد ذلك أن الكلمـــة الواردة فى النص الفرنسى هى التى جاءت فى النص العربى "طعن" .

- ونظراً لأن المشرع لم يتصد لحق النقد فى مناسبة من المناسبات إلا فى مناسبة القذف فى حق ذوى الصفة العمومية إلا أنه يكفى للمشرّع أن يرشد إليه فى هذه المناسبة وتتخذ منها سنداً لممارسة هذا الحق عموماً سواء تمت ممارسته فى مواجهة موظف عام أو فى مواجهة من لم يكن كذلك على الإطلاق مستهدفين الغاية التى من أجلها أورد المشرع هذا الإســتثناء .

- وبناء على ذلك أن شرائط النقد عامة هى ذات الشرائط التى شرطها القانون عند إباحته للقذف فى حق الموظف العام هى ذاتها اللازمة لقيام النقد المباح سواء فى مواجهة موظف عام تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ عقوبات أو كان فى مواجهة غير هؤلاء ممن يتصدون لأعمال عامة .

وسنتناول كل شرط من هذه الشروط بما يلزم للتعريف به :

أولاً : الواقعة الثابتة (وعاء النقد) .

والمقصود بذلك أن يكون موضوع النقد ثابتاً غير متكرر حتى يمكن أن يكون محلاً للتعليق فإذا لم يكن للواقعة موضوع النقد وجود كان الرأى قد صدر على غير أساس وفى غير موجب ومن ثم يفقد شرط إباحتــه .

- وعلى ذلك فمن يخترع واقعة من خياله لا وجود لها فى عالم الحقيقة وينقدها .

لا ينبغى له التمسك بإباحة نقده إياها ويسأل عما يرد فى نقده من قذف أو سب أو إهانة أو تحريض .

- وكذلك الشأن إذا كانت الواقعة ثابتة بصورة معينة ولكن عرضها الناقد بصورة مغايرة أو مشوهه بحيث يفسد معناها ومغزاها عندئذ لا تكون الواقعـــة محل النقد ثابتة بل غير قائمة .

- على أن ثبوت الواقعة لا يقتضى أن تكون ثابتة سلفاً وإنما إذا أثير الجدل فى صحتها يكون فى وسع الناقد التصدى لها وإقامة الدليل على صحتها

- وهذا يقتضى أن يكون الناقد حسن النية لديه على صحة الواقعة ولكن ليس بذى بال أو تثبت صحة الواقعة على وجه التحقيق .

وإنما يعوض الناقد عن ذلك بحسن نيته وهو أن يعتقد صحة الواقعة وأن يكون إعتقاده قائماً على أسباب معقولة .

- وثبوت الواقعة قد يكون مستفاداً من ذيوعها وعندئذ يكون الحق فى نقدها مباحاً لوروده على ما أعلن للجمهور بالفعل وبات فى حوزته من وقائع وأحداث إذ أن الواقعة متى أصبحت ذائعة مشهورة ومعلومة وكانت متعلقة بمصلحة عامة أو شأن عام وسقطت فى حوزة الجماهير كان عليهم تدارسها وتقليبها على جميع وجوها لإختيار الأسد فيها .

- وإذا كانت الواقعة محل إنكار كان على الناقد إثباتها فإن إستطاع إثبات صحتها بات حقه فى نقدها قائماً وإستفاد من النقد كسبب لإباحة القذف إذا توافرت سائر الشروط الآخرى .

ثانياً : أهمية الواقعة الإجتماعية :

يجب أن تكون الواقعة التى يعالجها النقد ثم الجمهور .

ذلك لأن الواقعة إذا لم تكن تهم الجماهير فلا محل للتعليق عليها بل أن نقدها يكون تشهيراً وقذفاً معاقب عليه .

- وعلة قيام هذا الشرط هو حماية الحياة الخاصة لأفراد المجتمع ، لإنه لا مصلحة للمجتمع فى التشهير بحياة الناس الخاصة .

- وبديهى أن كل ما يمس المصلحة العامة يهم الجمهور فيصبح أن يكون موضوعاً لإستعمال حق النقد كل ما يتعلق بالدولة أو القضاء أو التعليم أو الدفاع .

- على أن يكفى أن يكون الموضوع مما يهم الجمهور ولو لم يتصل بالمصلحة العامة إتصالاً مباشراً فعمل أرباب الحرف والمهن كالأطباء ورجال الدين والمحامين والتجار وأمثالهم يهم الجمهور بحكم حاجته إلى هؤلاء فيجوز نقد تصرفاتهم بحسن نية وبقصد المصلحة العامة ، وعلى ذلك يشمل النقد ميادين الحياة المختلفة التى تتصل بإهتمامات الجماهير وأول هذه الميادين السياسى والأدبى والعلمى والتاريخى والدينى .

(حكم محكمة النقض فى ١٩٦٥/١١/١٢ س ١٦ ص٣٣)

- وعلى ذلك يكون كل ما يدخل فى ميدان السياسة ومن يدخل فيها يجب أن يكون محلاً للمراقبة والمراجعة والمناقشة والنقد والإنتقاد لما يتضمنه هذا الميدان من خطورة وأهمية بحيث لا يمكن حمايتها والسهر عليها مع تقيد حرية الألسنة والأقلام ، وبذلك يكون كل ما يدخل فى هذا الميدان من الأهمية فى تسيير شئون الدولة .

- لذلك قضى " بأنه لما كان الكاتب السياسى لم يمس ذات المفقود الشخصية "

" فإن كل نقد مهما بلغ من العنف والمرارة ليس إهانة ولا سب "

(حكم محكمة جنايات مصر فى ١٩٤٨/٦/١٤ فى القضية ٣٥٥٧ سنة ١٩٤٦)

وقضى أيضاً :

" بأن المبادىء المقررة هى أن حياة الموظف العمومية ومن فى حكمه هى ملك للمجتمع الذى يعمل الموظف لحسابه ، ولذا أجيز قانوناً لكل فرد من أفراد المجتمع ولو لم يكن منتمياً لحزب من الأحزاب الساسية أن يتناول عمل الموظف بالنقد

بشروط أهمها إقامة الدليل وعدم التعرض لحياة الموظف الخصوصية "بوجه من الوجوه" .

(حكم محكمة الجنايات فى ١٩٢٦/٣/١٢)

- ويتصل بالميدان السياسى المعارك الإنتخابية سواء كانت هذه الإنتخابات لقيام الهيئات السياسية كالمجالس التشريعية أو المحلية أو تلك التى تتصل بالنشاط الإجتماعى كالجمعيات والنقابات وغيرها .

وفى مثل هذه المعارك الإنتخابية يتبارى المرشحون والمؤيدون فى نقد المنافسين لهم ، وهو أمر حيوى ليقف جمهور الناخبين على الأكفاء والأصلح والأقدر على تمثيلهم .

- بل أن الحوار والجدل والمناقشة والنقد هى الوسائل المنطقية التى تخول للجمهور إمكان الحكم والإسهام فى إدارة الشئون العامة إذ أن عملية الإنتخاب إذا تمت دون مناقشة أو نقد لا تأتى بغير المستبد أو الدكتاتور ومن ثم فالمناقشة والنقد كلاهما جوهر الديمقراطية ، وسند لخضوع الأقلية للأغلبية التى فى وسعها إصدار القرار .

- وحسب الأقلية إقتناعاً بالإمتثال لرأى الأغلبية أن رأيها إختبره الجميع فى حرية تامة وأدلت بما شاءت من الحجج لتدعيم رأيها ولكن لم يقرها عليه أغلبية الناخبين .

- فإذا صدقت الوقائع المسندة إلى المرشح وكانت متعلقة بخصوصياته أو حياته الخاصة فإنه يهم الجمهور معرفتها ليتمكن من الحكم لصلاحيته لما رشح من أجله ولا تثريب على الناقد .

وقضى فى بلجيكا

" بأنه من المصلحة العامة أن نكشف نقائص شخص يطمع فى شغل وظيفة من أكبر مراكز الدولة إذا كان هذا الشخص لبث سنين عديدة يحترف حرفة تأباها الأخلاق ويحرمها القانون وبذلك فالصحفى الذى يكتشف هذه المخازى ولا غرض له إلا صيانة كرامة البرلمان من أن تسقط لا يجوز عقابه " .

(حكم محكمة الإستئناف فى ١١ يونيه سنة ١٩٣١ مجموعة واليف تحت كلمة)

- وكذلك الأمر فى حالة ممارسة النقد فى ميدان العلم والأدب والفن وفى هذا الميدان لا تحدد حرية الناقد ما دام يستهدف النفع العام ولم يتجاوز نقده العلم أو الأدب أو الفن موضوع النقد فهذا الميدان حمايتهم الجماهير وتحرص على الوقوف عليه ومتابعة ما يدور فيه كسباً للمعرفة وصقلاً للأذواق وتنمية العلوم والفنون .

ولذلك فلا تثريب على الناقد الذى يتناول هذه النواحى بالتجريح أو إظهار المآخذ أو حتى المساس بكفاية صاحبها أو خلفه كما يبدو ذلك من خلال العمل المعروف إذا ما توخى الصالح العام وكان نقده ينصرف إلى العمل المعروف وحده وتوافرت سائر الشروط الآخرى.

- وبناء عليه يصح للناقد لراويه من الروايات أن يصف لغتها بأنها ركيكة وأن موضوعها تافه وأن أشخاصها لا حياة فيهم ، وهكذا فإن النقد من هذا القبيل ما لم يمس شخص صاحب الإنتاج فهو مباح لا شك فى ذلك .

- وقد أكدت محكمة باريس - الدائرة الجنائية رقم ١٧ الصادر فى ١٩٧١/٣/٩ حرية النقد " أدانت المحكمة الصحفى المتهم ومدير تحرير الجريدة بتهمة سب علنى لإنهما فى نقدهما للعرض التليفزيونى المذاع ، وصفوا المجنى عليه بأنه متزعم صغير للغوغاء وإنه وقع فى شراك غباته على أساس أن هذه التعبيرات جارحة ولا صلة لها بموضوع العرض ، وبعد أن أكدت المحكمة حرية النقد بإيضاح تام ذكرت - أن هذا النقد لا ينبغى أن يولد تحقيراً مهنياً للشخص صاحب العمل .

خامساً: الرأى المناسب :

- وهذا الركن هو جوهر النقد ويجب دائماً أن يكون الرأى متعلقاً ومتصلاً بالواقعة التى يستند إليها بحيث ألا ينفصل عنها قط ليكون فى ملازمته إياها ما يفيد القارىء أو السامع على تقدير قيمته.

- فإذا ذكر الرأى بغير ذكر الواقعة المقررة التى تسنده لم يكن ذلك نقداً .

- ويستطيع الناقد وهو يعلق على تصرف شخص أو سلوكه أو نشاطه أو حتى خلقه إذا كان أمراً لازماً للتعليق على الواقعة موضوع النقد مهما كانت قسوة العبارة المستعملة فى النقد .

ولذلك قضى :

بأنه ". متى كان الحكم متضمناً ما يفيد أن المتهم كان فيما نسبه إلى المجنى عليه فى الحدود المرسومة فى القانون للنقد المباح فلا يقدح فى صحته إن كانت العبارات التى إستعملها المتهم مرة وقاسية " .

(نقض رقم ١٧٢٨ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٧٣٨) .

-والرأى الذى يبديه الناقد لا يلزم لكى يفلت من العقاب أن يقره المجتمع عليه أو حتى أقلية أو أغلبية منه فيستطيع الناقد أن ينفرد برأى خاص به ولو خالف سائر البشر ما دام هو صادق فيما يبديه من أراء .

- ولقد عبر عن ذلك أحد القضاة " جاسيير برنتون "

" إذا كان ثمة مبدأ دستورى يدعو إلى التعلق به أكثر من أى مبدأ سواه فهذا المبدأ هو حرية التعبير ليس عند الذين يؤيدونها فيما تذهب إليه بل حرية التعبير عن الفكرة التى نبغضها " .

رابعاً" العبارات الملائمة :

يجب أن يصاغ النقد النقد فى صيغة ملائمة للموضوع والغرض منه يراعى فيه قدر من التناسب المعقول ، ولا يخرج النقد من دائرة الإباحة إذا لجأ الناقد إلى السخرية من الشخص أو العمل الذى ينقده أو إستعمل عبارات مرة أو قاسية طالما كانت الظروف والوقائع تجعل ذلك معقولاً .

- وحق النقد كغيره من الحقوق ينتهى عندما ما يساء إستعماله لإنه لا يجوز أن يكون مبرراً للشتم أو التشهير أو التجريح .

- وللقاضى أن يقدر فى كل حالة على حدتها ما إذا كانت العبارات المستخدمة فى النقد أو الرسم المستخدم فى التعبير فيه تجاوز الحدود النقد لأن المباح من عدمه ، وذلك لأن النقد لا يتفق مع الفاحش من العبارات أو الصيغة أو الرسم

- وعلى ذلك يجب أن يكون هناك تناسب بين المناسبة والتعليق أى بين الواقعة والرأى لأن الرأى حكم على الواقعة ومن ثم يجب أن يتحلى بما يكون للحكم من عدالة وإنصاف ، وإتصال طبيعى بينه وبين الوقائع .

- وعلى ذلك لا يخول النقد رأياً عنيفاً يتضمن سباً عن واقعة غير ثابتة أو على واقعة ثابتة ولكن لا ترشح لمثل هذه التعليقات العنيفة .

كما أن الفاحش من القول ليس نقداً ما لم يكن هناك مناسبة يستند إليها ويكون مناسباً لإبداء الرأى حول هذا النمط من القول .

خامساً : حسن النية :

وهو العنصر الأساسى لقيام النقد كسبب إباحة القذف ، وهو الشرط المنصوص عليه فى المادة ٦٠ عقوبات التى أباحت الجرائم إذا وقعت إستعمالاً لحق " بنية سليمة " ولقد عبرت عنه المادة ٢/٣٠٢ عقوبات " بسلامة النية " .

ويشترط لقيام حق النقد توافر حسن النية ، وحسن النية يتألف من شقين :

الأول : توخى النفع العام فيما يبديه من أراء .

الثانى : إعتقاده فى صحة ما يبديه من أراء .

ولقد أبانت تعليقات الحقانية على المادة ٣٠٢ عقوبات شرط حسن النية فقالت

" إن شرط حسن النية هو مسألة من المسائل المتعلقة بالوقائع ولا يمكن أن نقرر لها قاعدة ثابتة ، ولكن على الأقل يلزم أن يكون موجه الإنتقاد معتقد فى ضميره صحته حتى يمكن أن يعد صادراً عن سلامة نية وأن يكون قدر الأمور التى نسبها تقديراً كافياً ، وأن يكون إنتقاده للمصلحة العامة لا بسوء قصد " .

ومفاد هذا التعليق أن حسن النية يفترض إعتقاد القاذف أن الوقائع التى يسندها إلى المجنى عليه صحيحة ، وأن هذا الإعتقاد كان وليد تحوز وتقدير كافة الأمور ، ويفترض حسن النية أخيراً أن إسناد هذه الوقائع إلى المجنى عليه كان يهدف تحقيق مصلحة عامة لا مجرد الإضرار بالمجنى عليه .

- وعلة شرط توخى النفع العام هو إنحسار النقد عن الأمور الخاصة التى لا يهم الرأى العام متابعتها ، وعدم جدوى الخوض فيها لأن حق النقد شرع من أجل حماية الجماعة .

- وعلة الشرط الثانى إن الشخص الذى يعلن آراءه لا يؤمن بها فى قرارة نفسه هو إنسان مضلل سيء القصد لا يطمئن أحد لأقواله ومن ثم لا يسوغ إعفاءه من العقاب وإلا أتاح القانون للكاذب أن يروج الباطل ويضلل الرأى العام وهو ما لا يمكن أن يجيزه القانون .

- والأصل فى الإسنان أن يمارس حقه متوخياً الصدق وحسن النية فى ممارسته ويسعى إلى تحقق الغاية التى من أجلها شرع الحق ، ولكن هذه قرينة بسيطة يجوز إثبات ما يناقضها وإثبات سوء القصد .

- ويستفاد سوء القصد من علم الجانى يكذب الواقعة موضوع النقد .

- ومن عنف العبارة عنفاً غيــر معقــول بما يجـــاوز ما تستحقه من تعليق بحيث لا تناسب شدتها مع ما يستعمله من عبارات .

- وكذلك يكتشف سوء القصد من أي موقف آخر يكتشف عنه كالحصول على مال أو قيام ضغينه أو إستحكام خلاف أو ما شابه ذلك .

- وتطبيقاً لذلك حكم بأن :

" إنه يشترط قانوناً لإباحة الطعن المتضمن قذفاً فى حق موظف عام أن يكون صادراً عن حسن نية أى عن إعتقاد فى صحة وقائع القذف ولخدمة المصلحة العامة فإذا كان القاذف سيء النية ولا يقصد من طعنه إلا شفاء ضغائن وأحقاد شخصية تجب إدانته حتى ولو كان يستطيع إثبات ما قذف به "

(نقض جلسة ١٩٣٩/٥/٢٢ طعن ١٢١٥ س٩ مجموعة القواعد ج٢ ص ٧٤١)

بسم الله الرحمن الرحيم

- ولقد جاء الحكم الصادر من محكمة جنايات القاهرة فى الجنحة الصحفية رقم ١٦١٠ لسنة ١٩٩١ السيدة زينب متوجاً لما إستقر عليه القضاء المصرى ولقد أقيمت بطريق الإدعاء المباشر من السيد المدعى بالحق المدنى عضو مجلس الشعب عن دائرة سيناء ضد :

السيد الأستاذ / الصحفى بجريدة الوفد.

والسيد الأستاذ / رئيس تحرير جريدة الوفد .

والسيد الأستاذ المستشار / المحامى العام لنيابات جنوب القاهرة .

طالباً الحكم بإلزام الثلاثة الأول متضامنين بدفع مبلغ وقدره ٥١ جنيه على سبيل التعويض المؤقت عن الأضرار المادية والأدبية التى أصابته والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ، وذلك بعد توقيع أقصى العقوبة التى سيطالب بها المدعى عليه الرابع طبقاً للمواد ١٧١ ، ١٩٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ من قانون العقوبات وذلك لإنه فى يوم ١٩٩٠/١٢/٢٠ بدائرة قسم السيدة زينب قام المدعى عليه الأول بالقذف والسب فى حق الطالب .

وأن المدعى عليه الثانى وافق على نشره وتم النشر فى جريدة الوفد بعددها رقم ٣٥٥ السنة السابعة والصادر يوم ١٩٩٠/١٢/٢٠ عبارات القذف والسب وخدش الإعتبار العائلى للطالب .

- وكان ذلك بسوء قصد ورضرار بالطلب والمعاقب عليه بمواد الإتهام المذكورة وذلك مع الأمر بنشر الحكم فى الجرائد القومية وفى جريدة الوفد التى نشر فيها التحقيق الصحفى موضوع الإتهام على نفقة المدعى عليه الثلاثة الأول .

- وقال شرحاً لدعواه " أن المدعى عليه الأول نشر فى جريدة الوفد فى العدد رقم ٣٥٥ السنة السابعة بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٢٠ بالتحقيق الصحفى المنشور على الصفحة الثالثة تحت عنوان (أسطورة فى عالم الكيف أصبح نائباً عن مزاج الحزب) .

وعنوان آخر (حضرة النائب المحترم من كبار تجار المخدرات عينة من مرشحى الحزب الوطنى تسللوا إلى مجلس الشعب) وجاء فى التحقيق الصحفى

المشار إليه ما يلى بالحرف الواحد :

" نحن الآن أمام ملف حافل بعشرات الجرائم وهو ملف لمرشح من محافظة سيناء من مواليد عام ١٩٢٧ ويقيم فى ٢٢ شارع موسى بن نصير دائرة قسم النزهة وله محل إقامة بمنطقة الجناين التابعة لقسم الأربعين بالسويس وإقامة أخرى بمنطقة عيون موسى بالشط بسيناء ويؤكد الملف الضخم الذى يخمل رقم ١٧٤ سنة ٣٧ ق فى أضابير المحكمة الإدارية العليا – وكان ينتظر أن ينظر فى القضية جلسة ٩٠/١١/٢٦ هذا العضو نائب الحزب الوطنى فى الدائرة الثانية جنوب سيناء ، وهو مسجل شقى خطر مخدرات تحت رقم ٨٦٠ فئة أ وسبق إعتقاله عسكرياً عام ١٩٥٥ بناء على طلب مصلحة السواحل لنشاطاته فى تهريب المخدرات عبر خليج السويس وأفرج عنه فى ١٩٥٦/٦/١٥ ثم أعيد إعتقاله مرة أخرى بالأمر العسكرى رقم ١١٩ فى ١٩٦٢/٦/٢٧ لخطورته على أمن وسلامة القوات المسلحة بمنطقة سيناء بناء على طلب من إدارة مخابرات الحدود وتم رصد مكافأة ألف جنيه لمن يرشد عنه لضبطه ووضعت أمواله تحت الحراسة بالقرار الجمهورى رقم ٣٠٩٨ عام ١٩٦٦ وصدر الأمر العسكرى رقم ٢ لسنة ١٩٦٩ من المحاكم العسكرية للسويس بإبعاده عن محافظة السويس لخطورته على الأمن العام وحرصاً على سلامة القوات المسلحة وأشار الملف إلى أن المدعى بالحق المدنى من أخطر مهربى المخدرات ويعد أسطورة فى تهريب المخدرات من سيناء إلى وادى النيل حيث تربطه علاقات وثيقة بكبار منتجى المخدرات بلبنان والأردن أمثال صبحى صالح الخطيب وإستمر نشاطه المذكور بصورة مكثفة من الخمسينات حتى الآن وأكدت إدارة المخابرات الحربية والإستطلاع فى مكاتبات عديدة للجهات المسئولة أن عايد عاود نشاطه فى تجارة المخدرات علاوة على تعاونه مع العدو الإسرائيلى .

– كما أفاد كتاب قيادة حرس الحدود (مجموعة المخابرات والأمن رقم ٩٧٢ سرى بتاريخ ١٩٨٣/٨/١١ يفيد بأن المذكور من أخطر مهربى المخدرات وإنه متهم فى قضية الجناية رقم ١٠ لسنة ١٩٦٢ الشط مخدرات حكم عليه بالسجن ١٥ عاماً ولإنه عضو الحزب الوطنى الهمام إشترك فى عملية التخطيط لتهريب كمية كبيرة من المخدرات قدرت بنحو ٥ أطنان مخدرات تم تهريبها من منطقة رأس راجيه ورأس سلات جنوب سيناء بتاريخ ١٩٨٣/٦/٢٨ .

– وأيضاً يضم الملف أن إدارة مكافحة المخدرات أكدت تحرياتها أن العضو المنتخب حديثاً كان الرأس المدبر لتهريب شحنة كبيرة من المخدرات وزنت ٩١٧٨ كيلو جراماً أى ما يقرب من عشرة أطنان بالإشتراك مع آخرين من أهالى سيناء حيث تمكنت قوات حرس الحدود من ضبطهم بتاريخ ١٩٨٤/١/٦ – داخل ٢٤٥ طرد فى القضية رقم ١٠٤ جنايات السويس لسنة ١٩٨٤ .

كما تم ضبط المذكور فى القضية ١٦ جنايات مخدرات ميناء إسكندرية سنة ١٩٨٤

تهريب شحنة كبيرة من المخدرات تقدر بحوالى ١٦ طن حشيش داخل أجهزة صواعق الناموس .

كما تمكنت الإدارة بتاريخ ١٩٨٦/٣/٣٠ بناء على إذن من النيابة من ضبط السيارة رقم ٤٨٣٣٦ نقل القاهرة وبها ٦١٣ كيلو حشيش داخل مخابىء سرية أثناء تهريبها من جنوب سيناء إلى وادى النيل لحساب زوج إبنته إبراهيم عبد الرحمن عبد العزيز فى القضية رقم ٢٧١ قسم الجناين لسنة ١٩٨٦ ، وبتاريخ ١٩٨٩/١٠/٢٨ أصدر السيد وزير الداخلية قراراً بإعتقال المذكور لنشاطه الكبير فى تجارة المخدرات بالقرار رقم ٧٥٩٦ .

ولكى يكون ختامه مسك فإن ذيل الملف الموجود فى أرشيف المحكمة الإدارية العليا والتى كان محدداً لها أن تنظر بجلسة ١٩٩٠/١١/٢٦ يؤكد أن المذكور وأفراد أسرته وأشقاؤه يكونون تشكيلاً عصابياً لجلب وتهريب المخدرات إلى داخل البلاد وما زالت الإدارة تتابع نشاطهم .

– والسؤال الآن كيف ستواصل الإدارة ذلك والمذكور يرتع حالياً فى نعيم الحصانة البرلمانية والحزب الوطنى يسبغ عليه بركاته ومنحه شرف عضويته .

ثم ما قيمة الأجهزة التى تقوم بالتحرى والضبط إذن

أليس هذا الفرع من فروع وزارة الداخلية يضيع جهده عبثاً مادام الحزب الوطنى لا يأخذ بمعلومات وزير الداخلية .

والتى أكد وزير الداخلية فى تصريحاته إنه قدمها لقادة الحزب حينما طلبوها وما مصيرها الآن .

– ثم إستطرد المدعى عليه الأول فى المقال إلى قوله بأن الحزب الوطنى لا يتورع عن منحناً الفرصة تلو الآخرى لكى نكشفه ونعريه أمام الشعب المصرى .

وكيف لا وقد إمتهن حرمة أشرف وأقدس قاعة فى مصر وهى قاعة مجلس الشعب فبعد أن كان يجلس فيها أساطين الفكر والعلم والثافة والسياسية سوف يجلس فيها بعض نواب تفوح من أفواههم رائحة المخدرات ، وبعد أن كانت القاعة تجلجل بأسماء سعد زغلول ومصطفى النحاس ويوسف الجندى وويصا واصف وعزيز فهمى أصبحت تضيق بأسماء المسجلين فى صحيفة السوابق وتجار المخدرات والمهربين .

– نحن لا نبالغ فيما نقول فالذى حدث – أن الحزب الوطنى رشح إثنين من كبار تجار المخدرات فى مصر ليمثلوا الأمة فى مجلس الشعب وإنتهز فرصة نجاح إثنين من المستقلين وجميعهم مسجلين خطرين فى حرائم المخدرات وأعلن بكل فخر ضمهما إلى صفوفه تلك هى الحقيقة نقولها بغير رتوش وكانت قبل الآن محض إشاعات والوفد تنفرد بكشف الحقيقة بالوثائق .

– وإستطرد المدعى بالحق المدنى فى صحيفة دعواه إلى أن كا ما جاء بالتحقيق الصحفى المذكور مجرد أقوال مرسله لا دليل عليها بل هى محض إفتراء وكذب لا أساس لها من الصحة ، وأن كل ما جاء بهذا

التحقيق الصحفى بشكل جريمتى قذف وسب .

فى حق الطالب مكتملة الأركان القانونية .

- فأما عن الركن المادى فقد توافرت عناصره الثلاثة من فعل الإسناد وموضوع الإسناد وعلانية الإسناد وهى من شأنها لو كانت صادقة أن توجب إحتقار المدعى بالحق المدنى من أهل وطنه .

كما وأن الركن المعنوى متوافر أيضاً فقد تحقق فى حق المتهم الأول من واقع عبارات القذف ذاتها الموجهة للطالب وفى حق المتهم الثانى رئيس التحرير بنص المادة ١١ من قانون المطبوعات الذى يقتضى بأنه " يجب أن يكون لكل جريدة رئيس تحرير مسئول يشرف إشرافاً فعلياً على كل محتوياتها " وهو مسئول جنائياً طبقاً للمادة ١٩٥ من قانون العقوبات .

وهى مسئولية مفترضة وإن الغرض من إختصام المدعى عليه الثالث هو توافر مسئوليته بإعتباره رئيساً لمجلس الإدارة بصفته مسئولاً عن الحقوق المدنية .

- وقد نصت المادة ٣٠٢ /٢ عقوبات على تشديد عقوبة القذف إذا وقع فى حق موظف عام أو شخص ذى صفة عامة وهو ما يتوافر فى الدعوى الماثلة فالمدعى بالحق المدنى عضو بمجلس الشعب وإنتهى المدعى بالحق المدنى فى صحيفة دعواه إلى أنه رجل ذو حيثية بين أهل وطنه وذويه وقد كرمته الدولة أكثر من مرة إبتداء من رئيس الجمهورية إلى إدارات الأمن المختلفة .

ولقبه رئيس الجمهورية بلقب المجاهد وأنعم عليه بنوط الإمتياز من الدرجة الأولى وحصل على درع المخابرات وكان عضواً بمجلس الشورى .

هذا بالإضافة إلى تقدير محافظ سيناء لجهوده وإهدائه كتاب الله تقديراً وعرفاناً .

وبعد كل هذا الكفاح فى خدمة الوطن يكون جزاءه ما سطره المتهم الأول - ووافقه على نشره المتهم الثانى بغير حق وصمم الطالب على طلباته سالفة البيان .

- وبعد سماع مرافعة الطرفين الشفوية قررت المحكمة بتلك الجلسة حجز الدعوى للحكم لجلسة اليوم ، وقالت :

- وحيث إنه بالنسبة للدفع المبدى من الحاضر عن المدعى عليه الثانى بعدم قبول الدعوى لإعلانه بصحيفتها بعد ثلاثة أشهر من يوم ١٩٩٠/١٢/٢٠ تاريخ النشر فى الجريد فإنه فى غير محله قانوناً لما هو ثابت من الأوراق إن المدعى بالحق المدنى كان قد تقدم قبل رفع الدعوى الماثلة بشكوى بتاريخ ١٩٩١/٣/٧ بواسطة وكيله للسيد مدير نيابة السيدة زينب ضد المدعى عليهم الثلاثة بطلب إتخاذ الإجراءات القانونية ضدهم وهى حسبما هو ظاهر مقدمه فى خلال الثلاثة أشهر المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الإجراءات القانونية .

ولا يغير من ذلك التراخى فى تحقيقها أو التصرف فيها أو اللجوء إلى طريق الإدعاء المباشر بعد فوات المدة لإنه يكون قد حفظ حقه من السقوط بتقديمه الشكوى فى الميعاد وأبان عن رغبته فى السير فيها فضلاً عن إنه لا يصح أن

يتحمل إهمال جهة التحقيق أو تباطئوهـا .

- وحيث أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم الأول إنه نشر فى جريدة الوفد الصادرة بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٢٠ بالتحقيق الصحفى المنشور على الصفحة الثالثة تحت عنوان (أسطورة فى عالم الكيف أصبح نائباً عن مزاج الحزب) وعنوان آخر (حضرة النائب المحترم من كبار تجار المخدرات عينة من مرشحى الحزب الوطنى تسللوا إلى مجلس الشعب) ويعتبره المدعى بالحق المدنى منطوياً على جريمتى قذف وسب فى حقه وقد وافقه على نشره المتهم الثانى رئيس التحرير بغير حق مما سبب للطالب أضراراً نفسية كبيرة فإن أول ما تلاحظه المحكمة على المقال إنه فى جملته سرداً لمعلومات تضمنتها طعون كانت منظورة أمام المحكمة الإدارية العليا وتقارير من جهات رسمية تنطق بأن المدعى بالحق المدنى يتجر فى المواد المخدرة وإن له ملف سجل بالإدارة العامة لمكافحة المخدرات تحت رقم ٨٦٠ وإنه رشح نفسه لعضوية مجلس الشعب وفاز بها عن الدائرة الثانية بمحافظة جنوب سيناء (فئات) وإنه أصبح حالياً عضواً بالمجلس يتمتع بحصانته البرلمانية رغم أنف تقارير أجهزة الأمن ثم إتبع ما سرده من معلومات نقلاً عن تلك الطعون والتقارير بالتعليق مستفسراً عن كيفية السبيل لمواصلة الإدارة العامة لمكافحة المخدرات نشاطها والحال إنه يتمتع حالياً بالحصانة البرلمانية وما قيمة الأجهزة التى تقوم بالتحرى والضبط إذن ما دام الحزب الوطنى لا يأخذ بمعلوماتها وقد أكد وزير الداخلية فى تصريحاته إنه لقادة قدمها الحزب حينما طلبوها ؟

وترى المحكمة أن كاتب المقال لم يبتدع الواقعة موضوع الإتهام أو ينسجها من خياله بل عرضها فى نطاقها الصحيح وبصفاتها وظروفها التى هى عليها فى تلك الطعون والتقارير الرسمية وهو من بعد ذلك يعلق عليها التعليق الذى يؤمن بصحته وموضوعيته ومن ثم فإن نشاطه بعيد عن تزييف الحقائق وتشويهها لإقتصاره على نشر الخبر - وإن كان فى صورة تفصيلية - فى حجمه الحقيقى فلم يضفى عليه مبالغة أو يوحى إلى قارئه بمدلول مختلف غايته هى خدمة المصلحة العامة بكشف تلك الوقائع التى تهم المجتمع مع إبداء رأى نزيه فيها يعتقد المتهم إنه يفيد المجتمع .

- وحيث أن حق النقد هو سبب لإباحة القذف وما إليه لما هو منصوص عليه فى صلب الدستور فى المادة ٤٧ منه التى تقرر حرية الرأى وحق النقد ، وفى المادة ٦٠ من قانون العقوبات على عدم إنطباق أحكام هذا القانون الأخير لدى ممارسة حق من الحقوق المقررة فى هذه الشريعة أو القانون ولا تتطلب هذه الإباحة أن تكون الوقائع التى نشرتها الجريدة صحيحة فى ذاتها وصحيحة فى نسبتها إلى من أسندت إليه بل يكفى الإعتقاد بصحتها ما دام هذا الإعتقاد مستنداً إلى التحرى الواجب على من كان فى مثل ظروفه وقائماً على أسباب معقولة والحجة فى ذلك إنه لا يمكن أن يطلب من كاتب أو باحث أن يضمن فى صورة مطلقة صحة ما يذكر أو صواب ما يرى .

ففى حالات كثيرة يكون من العسير ومن المستحيل على الكاتب أو الباحث أن يذكر واقعة لا يكون ثمة شك قط فى صحتها وإنما يكفيه إنه يبذل ما فى وسعه من دراسة وتحرى وأعمل قدر المستطاع فكرة فتوصل إلى ثبوت واقعة فأبداها بنية حسنة حتى يصدق عليه إنه أدى واجباً تجاه المجتمع يستحق من أجله أن يباح فعله ولا ينفى الإباحة أن يثبت فيما بعد صحة الواقعة فأساس الإباحة الإجتهاد فى أداء خدمة إجتماعية وهو ما ثبت تحققه .

لما كان ذلك وكانت المحكمة ترى أن المتهم الأول قد قام بالتحرى الواجب عليه وقدم المدعى عليه الثالث من المستندات ما يفيد إعتقاد المتهم الأول بصحتها مقيماً الدليل على ذلك بالمستندات الآتية :

أولا : صورة رسمية طبق الأصل من عريضة الطعن رقم ١٢١٦ سنة ٣٣ ق إدارية عليا المرفوع من السيدين وزير الداخلية ومدير مصلحة الأمن العام ضد المدعى بالحق المدنى طعناً فى الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى دائرة منازعات الأفراد فى الدعوى رقم ٢٦ سنة ٤٠ ق بجلسة ١٩٨٧/١/٨ فيما قضى به من وقف تنفيذ القرار الذى أصدره وزير الداخلية بإلغاء تراخيص السلاح السابق صدورها للمدعى بالحق المدنى طالبين الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه حتى يفصل فى موضوع الطعن ثم إحالة الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا لتقضى فيه بقبوله شكلاً وبإلغاء الحكم المطعون فيه والحكم برفض الدعوى مع إلزام المطعون ضده بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماه عن الدرجتين تأسيساً على أن الثابت من تحريات الإدارة العامة لمكافحة المخدرات أن المدعى بالحق المدنى يعد من أخطر مهربى المخدرات بل يعد أسطورة فى ترتيب عمليات التهريب وجلب المخدرات من سيناء إلى وادى النيل وتربطه صلات قوية بمنتجى المخدرات ببيروت ومهربيها بالأردن أمثال صبحى غالى الخطيب وإستمر نشاطه المذكور بصورة مكثفة خلال الخمسينات والستينات حيث كان يتربع على عرش تهريب المخدرات بسيناء بلا منازع وإنه مسجل شقى خطر تحت رقم ٨٦٠ فئة (أ) وسبق إعتقاله عام ١٩٥٥ وحيث أفرج عنه عام ١٩٦١ ثم صدر قرار أخير بإعتقاله عام ١٩٦٦ وأفرج عنه وأن أمواله وضعت تحت الحراسة بالقرار الجمهورى ٣٠٩٨ فى عام ١٩٦٦ وأدرج على قوائم المنوعين من السفر والإبعاد عن السويس بقرار الحاكم العسكرى عام ١٩٦٩ ... إلخ ما جاء بصحيفة الطعن المذكور من معلومات ووقائع تخص المدعى بالحق المدنى وهى ما تضمنها المقال بحذافيرها .

- **ثانياً** : صورة قرار رئيس الجمهورة رقم ٣٠٩٨ سنة ١٩٦٦ بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص منشور بعدد الجريدة الرسمية الصادر يوم السبت ٣٠ يوليه ١٩٦٦ ورد م بينها إسم المدعى بالحق المدنى وعائلته .

- **ثالثاً** : صورة قرار الإعتقال الذى أصدره وزير الداخلية فى

٢٨/١٠/١٩٨٩ بإعتقال المدعى بالحق المدنى للأسباب الواردة بالمذكورة المرفقة بالقرار

رابعاً: صورة محضر إشتباه وتحريات صادر عن فرع المخابرات بقيادة حرس الحدود يفيد بأن المذكور من أخطر المهربين فى عملية تهريب المخدرات التى تتم عبر خليج السويس وسبق إعتقاله بالأمر العسكرى رقم ٥٤ بتاريخ ١٨/٦/١٩٥٦ - وأفرج عنه فى ١٧/٧/١٩٦١ ثم صدر أمر الإعتقال رقم ١٩ سنة ١٩٦٢ ضده وإنه ورد كتاب إدارة المخابرات الحربية والإستطلاع بتاريخ ٣/٧/١٩٧٤ يفيد إن المذكور إستطاع مساعدة بعض الوحدات الخاصة خلال حرب أكتوبر خلف خطوط العدو وعليه تم العرض على المشير أحمد إسماعيل على حيث شكره على الدور الوطنى الذى قام به وتبرع للمجهور الحربى عام ١٩٦٧ ، ١٩٦٨ بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه وخمسون جنيهاً من الذهب غير إنه ورد خطاب من إدارة المخابرات الحربية والإستطلاع فى ٢٩/٢/١٩٧٧ يفيد أن المذكور عاود نشاطه فى تجارة المخدرات علاوة على تعاونه مع العدو الإسرائيلى .

خامساً: عندما رشح المدعى بالحق المدنى نفسه أخيراً لعضوية مجلس الشعب عن الدائرة الثانية بمحافظة جنوب سيناء تقدم العميد مدير إدارة البحث الجنائى بمديرية أمن جنوب سيناء بالإعتراض رقم (١) سنة ١٩٩٠ للجنة فحص الإعتراضات المشكلة طبقاً لنص المادة التاسعة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ٢٠١ لسنة ١٩٩٠ معترضاً على ترشيح المدعى بالحق المدنى مردداً فى صحيفة الإعتراض ذات المطاعن التى رددها السيدين وزير الداخلية ومدير مصلحة الأمن العام السالف الإشارة إليها (حافظة مستندات بالحقوق المدنية رقم ٤ مستند رقم ٢) وكان ذلك بناء على مذكرة قامت بإعدادها إدارة مكافحة المخدرات وأرسلتها إلى مدير شعبة البحث الجنائى بمديرية أمن جنوب سيناء للإعتراض على ترشيحه وقد تضمنت المذكرة كافة الوقائع والمعلومات التى إحتواها المقال .

- وحيث أن البدى من مراجعة هذه التقارير إنها صادرة عن مسئولين على درجة عالية من التخصص يشغلون مناصب هامة فى الحكومة هى فى صميمها ممارسة لإختصاص الدولة فى محاربة هذا النشاط ومن ثم يغدو إعتقاد المتهم الأول - بصحتها مستنداً إلى أسباب معقولة ولا يغير من هذا النظر ما بذله الحاضران عن المدعى بالحق المدنى من الجهد وما قدماه من مستندات للتدليل على عدم صحة هذه التقارير إذ يكفى المتهم للإستفادة من الإباحة أن يكون معتقداً بصحتها وأن يكون إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ولا ينفى الإباحة أن يثبت فيما بعد عدم صحة الوقائع .

- وحيث أن المحكمة لا تنفى مسئولية المتهم الأول من إنه ناقل عن غيره والعهدة على من روى هذه الوقائع وقام بتدوينها إذ فى بعض الأحيان يكون نشاط من يروى عن غيره أشد خطورة على شرف المجنى عليه

من نشاط من أدلى بها إبتداء بل تؤسس نفيها لمسئوليته على قيامه بالتحرى اللازم وأعمال فكرة على النحو الواجب كصحفى لا يهدف إلا إلى مجرد إعلام قرائه بواقعة تهمهم جميعاً مؤيداً إياها بالأدلة التي تجعلها مقنعة لمن يطلع عليها أو يستمع إليها .

- وحيث إن المحكمة تستظهر حسن نية المتهم الأول من إنه لم يكن مستهدفاً للتشهير بالمدعى بالحق المدنى أو الإنتقام منه فهو لم يخصه بالمقال وحده بل إشتمل التحقيق الصحفى على ثلاثة غيره ممن فازوا معه فى الإنتخابات ولم يقل المدعى بالحق المدنى نفسه بوجود خصومة أو ضغينة بينه وبين كاتب المقال فضلاً عن إنتفاء شبهة التنافس الحزبى على مقعد الدائرة فالمعروف لدى الرأى العام إن حزب الوفد الجديد لم يشترك فى الإنتخابات التى فاز فيها المدعى بالحق المدنى .

وأخيراً فإن الواقعة التى تناولها المقال تهم الجماهير وتتصل إتصالاً وثيقاً بالمجتمع بعد أن تناولتها صحف ومجلات كثيرة (حافظة رقم ٦ من حوافظ المدعى عليه الثالث) ولما تحتله السلطة التشريعية من ناحية أخرى فى نفوس أفراد المجتمع من مكانة عالية ومنزلة رفيعة ولا ريب فإن كل من ينتسب إليها من خيرة مواطنى هذا الشعب وأبناء عماله الكادحين وفلاحيه الشرفاء ومن ثم فإن نشر تعليقه على هذا المسلك الخلص لا يكون جريمة ما بل ممارسة صحيحة ومفيدة لحق النقد ومحققه للحكمة من شرعته ولا بغير من هذا النظر ما دونه المتهم الأول فى أعلى التحقيق الصحفى بعامود أسود إن قاعة مجلس الشعب بعد أن كانت تجلجل بأسماء سعد زغلول ومصطفى النحاس ويوسف الجندى وويصا واصف وعزيز همى أصبحت تضيق بأسماء المسجلين فى صحيفة السوابق وتجار المخدرات فإنه فضلاً عن إعتقاده بصحة هذه الوقائع على نحو ما أسلفناه فإن هؤلاء بلا شك وأمثالهم من الشوامخ أثروا الحياة النيابية فى مصر وزينوها ما عابوها ودفعوها فما إنتكسوها .

وحيث إنه وقد إنتهت المحكمة إلى أن المتهم الأول لم يقم لديه قصد فى القذف ولا رغبة فى المساس بشرف المجنى عليه أو إعتباره .

بل كان مدفوعاً فيما كتبة بصالح الجمهور وخدمة المجتمع فإنه لا يسع المحكمة إلا القضاء ببراءته عملاً بالمادة ١/٣٠٤ أ ، ج .

- وحيث أنه بالنسبة للمتهم الثانى (رئيس التحرير) فقد إنتفت مسئوليته الإفتراضية مادامت المحكمة قد إنتهت إلى إعتبار المقال من قبيل النقد المباح .

ومن ثم يتعين الحكم ببراءته عملاً بالمادة ١/٣٠٤ أ ، ج .

- وحيثأإنه بالنسبة للدعوى المدنية فإنه وقد توافرت لحق النقد شرائطه كسب من أسباب الإباحة بما تقتضى معه مسئولية المدعى عليهم الثلاثة وتغدو الدعوى والحال كذلك واجبة الرفض قانوناً مع إلزام المدعى بالحق المدنى بمصروفاتها شاملة أتعاب المحاماة .

- ولا يفوت المحكمة فى ختام حكمها أن تنوه إلى أنه قد بات حريا ومجدياً إضافة تعديل إلى قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بأن يضاف إلى الشروط الواجب توافرها فى المرشح شرط أن يكون محمود السيرة حسن السمعة شأنه فى ذلك شأن المرشحين لأية وظيفة عامة مع عدم قصر الحق فى الإعتراض المنصوص عليه فى المادة التاسعة من القانون المذكور على المرشح المنافس بل بسطته إلى كافة ناخبى الدائرة والجهات التى أناطت بها الدولة التحرى وتقصى الحقائق فى كل أمر يتعلق بأمن النظام وسلامة المجتمع بإعتبار أن المرشح لهذا المنصب سيكون له موقعاً هاماً ويحمل على كتفه أمانة ومسئولية التمثيل النيابى وفى ذلك الضمان الكافى لتصفية المطاعن التى تمس المرشحين وتلافياً لما قد يوجه إليهم بعد فوزهم فى الإنتخابات حفاظاً على كرامتهم ومكانتهم التى أولاها الشعب كى يؤدون رسالتهم الدقيقة ويضطلعون بالأمانة الموكولة إليهم ومن ثم يصان للمجلس دوره الفعال فى الرقابة والتشريع بحسبانه سلطة من سلطات الدولة التى يتعين أن تحاط بسياج منيع ضد من يحاول النيل منها .

وإن كان الدستور قد كفل للمواطنين حرية الترشيح والإنتخاب فإن حق الإعتراض على النحو السالف بيانه لا يعتبر قيداً على حرية المواطنين فى الترشيح .

بل فضلاً عن إنه ضمان لترشيح أفضل العناصر لتلك المناصب فإن حرية الفرد لا تربو بأية حال على مصلحة المجتمع

فلهذه الأسباب

وبعد الإطلاع على المواد سالفة الذكر

حكمت المحكمة غيابياً للمتهم الأول وحضورياً للمتهم الثانى ببراءة كل منهما من التهمة المسندة إليه .

وفى الدعوى المدنية برفضها بالنسبة للمدعى عليهم الثلاثة الأول وألزمت المدعى بالحق المدنى بالمصروفات ومبلغ عشرين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة .

صدر هذا الحكم وتلى علناً بجلسة يوم الخميس الموافق ٦ من يونية سنة ١٩٩١ .

الخوف لا يرهب غير القلب الفاسد

« شكسبير »

مراجع

المراجع القانونية

١) النقد المباح دراسة مقارنة سنة ١٩٧٧ د/ عماد النجار (رسالة دكتوراه) .

٢) جرائم الفكر والرأى والنشر د / محسن فؤاد (رسالة) .

٣) الوسيط فى قانون العقوبات القسم الخاص د/ أحمد فتحى سرور .

٤) الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة د/ أحمد كمال أبو المجد .

٥) الموسوعة الجنائية جندى عبد الملك .

٦) مجلة القانون والإقتصاد د/ منال - القذف د/ أمال عثمان .

٧) حماية الخصوم الجنائية من تأثير النشر د/ جمال العطيفى .

٨) جاسبربرتنون تعليق بمجلة المحاماه .

٩) حرية الرأى وجرائم الصحافة والنشر د/ رياض شمس .

١٠) إستعمال الحق كسبب للإباحة د/ عثمان سعيد عثمان (رسالة دكتوراه) .

١١) شرح قانون العقوبات - القسم الخاص د/ محمود مصطفى .

١٢) إستعمال الحق كسبب للإباحة د/ محمود نجيب حسنى .

١٣) مساهمة فى النظرية العامة للحريات د/ نعيم عطية .

التقاضي أمام الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

للسيد الأستاذ
د. حسنى درويش عبد الحميد
المستشار المساعد بمجلس الدولة

مقدمة - تقسيم:

تختص المحاكم بالمنازعات المدنية والتجارية على ما نص عليه فى المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية إلا ما أستثنى بنص خاص . ومما أستثنى المنازعات الإدارية . والدستور - فى المادة ١٧٢ منه - جعلها من إختصاص مجلس الدولة وجاء قانون مجلس الدولة ٤٧/٧٢ تبياناً لها [1] ، ...ختص بها أصلاً محاكم مجلس الدولة على أنه أستثنى القانون ما يكون منها متعلقاً بالمنازعات بين أجهزة الدولة فتباشر البت فيها الجمعية العمومية ، وهو إختصاص مقرر لها منذ إنشاء المجلس ويجب إختصاص المحاكم رغم أن الجمعية بتشكيلها ليست محكمة ، وأن إختصاصها فى الأصل من إختصاص المحاكم ، وكان مقرراً أصلاً لمحكمة القضاء الإدارى على التفصيل الآتى فى موضعه

وإذا كان الأمر كذلك فإن إختصاص الجمعية العمومية - فى صدد الفصل فى المنازعات بين الجهات العامة له طبيعته الخاصة سواء فى إجراءاته أو نطاقه أو أحكامه وهو ما يفترق عن التقاضى سواء أمام القضاء الإدارى أو القضاء العادى .

ومن أجل ذلك وللإعتبارات المتقدمة ، وبالنظر إلى أهمية التقاضى أمام الجمعية العمومية رأينا ، دراسة هذا الموضوع فى الفقه والقضاء تأصيلاً وتحليلاً ، ثم نعقب ذلك خاتمة نعرض فيها لنتائج الدراسة ، ونطرح فيها بعض الأفكار والمقترحات لتطوير نظام العمل بالجمعية العمومية .

خطة الدراسة

مبحث تمهيدى : نظرة إلى إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

فصل اول : طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية .

فصل ثانى : مناط وضوابط إختصاص الجمعية العمومية .

فصل ثالث : إجراءات التقاضى أمام الجمعية العمومية.

فصل رابع : جواز إعادة النظر فى قرارات الجمعية العمومية .

خاتمة : . . . .

بحث تمهيدى

نظرة إلى إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

بينت المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ إختصاصات الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع [2] ، إذ نصت على أن تختص الجمعية العمومية بإبداء الرأى فى المسائل والموضوعات الآتية:

(أ) المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التى تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس

الجمهورية أو من رئيس الهيئة التشريعية أو من رئيس مجلس الوزراء أو من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة .

(ب) المسائل التى ترى فيها أحد لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى صدرت من لجنة أخرى ، أو من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

(ج) المسائل التى ترى إحدى لجان قسم الفتوى إحالتها إليها لأهميتها .

(د) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين .

ويجوز لمن طلب إبداء الرأى فى المسائل المنصوص عليها فى الفقرة (أ) أن يحضر بنفسه جلسات الجمعية عند النظر فى هذه المسائل ، كما يجوز له أن ينتدب من يراه ذوى الخبرة كمستشارين غير عاديين ويكون لهم - وإن تعددوا - صوت واحد فى المداولات .

كما تختص الجمعية العمومية بمراجعة مشروعات القوانين ، وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصفة التشريعية واللوائح التى يرى قسم التشريع إحالتها إليها لأهميتها .

وباستقراء هذا النص ، يبين أن الجمعية العمومية ثلاثة أنواع من الإختصاصات : [٣] .

النوع الأول : إختصاصات لها طابع الفتوى :

ويستفاد ذلك من إستقراء الفقرات الثلاث الأولى من المادة ١٦٦١ المشار إليها ، وإختصاص الجمعية العمومية فى المسائل الدولية والدستورية والتشريعية والهام من المسائل القانونية ألا ينعقد إلا إذا أحيلت المسألة على الجمعية ممن حددهم نص المادة ٦٦ سالف الذكر على سبيل الحصر وهم رئيس الجمهورية والهيئة التشريعية والوزراء ورئيس مجلس الدولة ولم يخول النص غير هؤلاء ممن هم فى حكم الوزراء أو فى درجتهم إحالة هذه المسائل .

النوع الثانى : الإختصاصات ذات الطابع الصياغى بمراجعة التشريعات .

تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع . على نحو ما ورد بعجز المادة ٦٦ المشار إليها - بمراجعة مشروعات القوانين وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصفة التشريعية واللوائح التى يرى قسم التشريع إحالتها إليها لأهميتها .

وإختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والترشيع فى هذا الصدد مع الأخذ فى الإعتبار بحكم المادة ٦٣ من قانون مجلس الدولة [٤] - ليس أمر يحتمه القانون وإن إختصاصها مقصور على ما يحال إليها من قسم التشريع لأهميتها .

ومن ناحية أخرى ، فإن الذى يجرى عليه العمل ، إنه لا قسم التشريع ولا الجمعية أن تتعرض لموضوع ما يعرض عليها من مشروعات القوانين واللوائح

وتقتصر مهمتها على جانب الصياغة والشكل أو بمعنى آخر لا تتعدى لمدى ملائمة ما هو معروض عليها ، ولكن لدى مشروعيته بالنظر إلى موضعه فى عالم القانون .

النوع الثالث : إختصاصات ذات طابع قضائى :

ورد النص على إختصاصات الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ذات الطابع القضائى فى الفقرة (د) من المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة المشار إليها . وإختصاصها - فى هذا الشأن - يعتبر إختصاصاً مانعاً لا تشارك فيه جهة قضائية أو إدارية أخرى [٥] .

وهذا النوع من الإختصاص المعقود للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع هو موضوع دراستنا فى هذا الصدد

فصل أول

طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

يجدر بنا هنا أن نعرض إلى مراحل التطور التشريعى بالنسبة إلى طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

فإنه يبين من تقصى مراحل التطور التشريعى فى هذا الصدد [٦] ، إنه عندما صدر قانون إنشاء مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ نص فى مادته الثالثة على أن تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات عدا وزارة الأوقاف وبين المصالح المختلفة أو بين هذه الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية ، وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون تعليقاً على المادة الثالثة المذكورة إن جميع هذه المنازعات إنما تقوم فى واقع الأمر بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها ولم يكن يعرض أمرها من قبل المحاكم العادية ، بل كان البت فيها يتم بالطرق والوسائل الإدارية ، وفى سنة ١٩٤٩ صدر القانون رقم ١٩ وألغى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وأستبعد القانون الجديد إختصاص محكمة القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وأستبعد القانون الجديد إختصاص محكمة القضاء الإدارى الذى كان وارد بالمادة الثالثة من قانون سنة ١٩٤٦ ونص فى المادة ٣٣ على أن : " يبدى قسم الرأى مجتمعاً رأيه فى المسائل الآتية :

(أولاً) : . . . .

(سادساً) : المنازعات التى تنشأ بين الوزارات وبين المصالح المختلفة أو بين هذه الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية أو بين هذه الهيئات "

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، والقانون القائم والقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ويجعل من إختصاص محكمة القضاء الإدارى الفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات عدا وزارة الأوقاف أو بين المصالح المختلفة ، وإذا كانت هذه المنازعات جميعها إنما تقوم فى الواقع بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها ، وكان لا يعرض أمرها من قبل على المحاكم بل كان يبت فيها بالطرق الإدارية ، فقد يبت أن يوكل النظر فى ذلك إلى قسم الرأى مجتمعاً إذ كان ملحوظاً منذ البداية إن فصل محكمة

القضاء الإدارى فى شأن تلك المنازعات ليس قطعياً فإن قراراتها لا تكون نافذة إلا بعد اقرارها من مجلس الوزراء مما يطبع الفصل فى هذه المنازعات بطبع خاص هو إلى الفتوى أقرب منه إلى الحكم .

وفى سنة ١٩٥٥ ألغى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ وحل محله القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الذى سار على درب قانون سنة ١٩٤٩ ونقل حكم الفقرة (سادساً) من المادة ٣٣ منه إلى الفقرة (ج) من المادة ٤٤ من القانون الجديد الذى سمى - قسم الرأى مجتمعاً - من قانون سنة ١٩٥٥ إلى الفقرة (ج) من المادة ٤٧ من القانون .

وفى سنة ١٩٥٩ ألغى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وحل محله القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الذى نقل حكم الفقرة (ج) من المادة ٤٤ من قانون سنة ١٩٥٥ إلى الفقرة (ج) من المادة ٤٧ من القانون الجديد .

وفى سنة ١٩٧٢ ألغى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، الذى نص فى المادة ٦٦/د منه على إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى بإبداء الرأى فى المنازعات الي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض وتكون الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين .

ونخلص من العرض السابق إلى ما يلى :

(١) أن نظر النزاعات بين الوزارات والمصالح لم يكن إختصاصاً لأى جهة قضائية فيها قبل العمل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وإنما كان البت فيها يتم إدارياً .

(٢) أن تقرير نظر هذه النزاعات ، فى القانون المذكور لمحكمة القضاء الإدارى لم يصل إلى حد إدخال الإختصاص فى ولاية المحكمة القضائية ، وإنما كانت الأحكام الصادرة فى هذه النزاعات تمثل درباً من القضاء المحجوز يستلزم مصادقة الإدارة عليه ليسلك سبيل إلى التنفيذ . كما أن هذا الإختصاص كان لمحكمة القضاء الإدارى وحدها دون أن يدخل فى ولاية أية جهة قضائية أخرى [٧] .

(٣) عمد الشارع بعد إلغاء القانون سنة ١٩٤٦ إلى نقل هذا الإختصاص لقسم الرأى مجتمعاً ومن بعده للجمعية العمومية للقسم الإستشارى محتفظاً له بنفس سيادته نحو قصره على قمة تشكيلات قسم الرأى بمجلس الدولة دون أى جهة مع بقاء إختصاصه فى نطاق الفتوى لا الأحكام القضائية .

(٤) إحتفظ القانون فى ٥٥ لسنة ١٩٥٩ و٤٧ لسنة ١٩٧٢ للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ولاية النزاعات بين الجهات المشار إليها بالنص ، مع بقاء إختصاصه فى نطاق إبداء الرأى الملزم ، ولم يصبغ عليه وصف الأحكام القضائية .

ويخلص من ذلك أن إختصاص الجمعية العمومية المشار إليه هو إختصاص لا تشاركها فيه أى جهة قضائية

أو إدارية أخرى وما إنتهى إليه من رأى فى النزاع يعتبر بنص القانون ملزماً للإدارة .

ومما يؤكد قصر الإختصاص المذكور على الجمعية العمومية وحدها أن قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ (ومن قبله قانون نظام القضاء رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩ وقانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٦) حين حدد ولاية المحاكم نص فى المادة ١٥ منه على أن ، فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا ما أستثنى بنص خاص ، ونص المادة ١٧ منه على أنه . ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أن تفصل .

(١) فى المنازعات المدنية والتجارية الي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التى ينص فيها القانون على غير ذلك .

(٢) فى كل المسائل الأخرى الى يخولها القانون حق النظر فيها .

ومن هذين النصين يبين أن المشرع أوضح ولاية المحاكم فى الفصل فى منازعات الحكومة وحددها بتلك التى تثور بينها وبين الأفراد ومن ثم تخرج عنها منازعات الوزارات والمصالح العامة فيما بينها ، كما أن نص المادة (١٥) المشار إليه ، يستبقيل للمحاكم المنازعات التى تقوم بين جهات إدارية وينظم القانون الذى يحكم المنازعة موضوعاً ، الإختصاص الفصل فيما ينشأ عنها من أقضيــــة .

ولقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ، هذا النظر فى شأن طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع . إذ قضت أن المشرع أناط بالجمعية العمومية سلطة إبداء الرأى الملزم طبقاً لنص المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة ، إلا أنها تعد محكمة بالمعنى الذى عناه المشرع فى المادة (١١٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ [٨] ، فإبداء الرأى الملزم الذى خصها القانون ليس قضاء ولا يقلها إلى محكمة . فالمشرع لم يسبغ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ولاية القضاء فى المنازعات الى تقوم بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها ، وإنما عهد إليها بجهة الإفتاء فيها بإبداء الرأى مسبباً على ما يفصح عنه صدر النص .

ولا يؤثر فى ذلك ما أضفاه المشرع على رأيها من صفة الإلــزام لأن هـذا الرأى الملـزم لا تجاوز حد الفتوى ولا يرقى به نص المادة ٦٦ المشار إليها إلى مرتبة الأحكام ذلك أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى لمجلس الدولة ، ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التى رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد إجرائية أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات إجراءات التقاضى وضماناته ، كما لا يجوز الرأى الذى تبديه بشأنها حجية الأمر المقضى ، ومن ثم فإن إحالة النزاع إليها لا يجعل الإختصاص معقوداً لها .

رأينا فى هذا الخصوص :

عرضنا فيما سبق للتطور فى شأن طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية ، كما عرضنا لفقرات مطولة من حكم المحكمة الدستورية العليا فى هذا الصدد

ولنا فى كل ما تقدم عدة ملاحظات نعرض لها فيما يلى :

(أولا) إجتمعت الأفكار المتقدمة على أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى لمجلس الدولة وبالتالى فإنها لا تعد محكمة .

ومع تسليمنا بهذه النتيجة ، إلا أن الجمعية العمومية تفصل فى مسائل ومنازعات مما يختص بنظرها سواء القضاء العادى أو الإدارى فإنه يمكن إعتبارها محكمة من نوع خاص ، أسند إليها المشرع الفصل فى المنازعات الى تثور بين الجهات المنصوص عليها قانوناً .

ومؤدى ذلك أن المشرع أخرج هذه المنازعات من ولاية القضاء العادى والإدارى وأسندها إلى الجمعية العمومية ، لا يشاركها فيه أى جهة قضائية أخرى ومما يعزز هذا النظر أن الجمعية تتكون طبقاً للمادة ٦٥ من القانون ٧٢/٤٧ من قمة مستشارى المجلس إذ يرأس الجمعية نائب لرئيس المجلس وعضوية نواب رئيس المجلس لقسمى الفتوى والتشريع ومستشارى قسم التشريع ورؤساء إدارات الفتوى ممن تمرسوا فى أعمال القضاء وفى أقسام المجلس المختلفة وهذا مما حدا بالمشرع إلى جعل التقاضى أمام الجمعية العمومية على درجة واحدة ، إذ لم ينص على سبيل الطعن فيما تصدره من قرارات وعلى التفصيل الآتى فى موضعه .

ثانياً : إتجهت وجهات النظر المتقدمة إلى إعتبار ما تصدره الجمعية فى شأن الفصل فى المنازعات المنصوص عليها فى م٦٦/ فى قرارات ملزمة وليست أحكام قضائية .

وهذه النتيجة لا تعدو أن تكون إمتداداً للأولى إلا أن هذا النظر على إطلاقه غير سديد فإنه ولئن كانت الأحكام بالمعنى الضيق لا تصدر إلا فى خصومة بين طرفين ، وتحوز حجية القضى فيه ، مما يستلزم بالضرورة عدم معاودة النظر فيه مرة أخرى أمام ذات المحكمة ، إلا إنه إذا نظرنا إلى طبيعة الخصومة أمام الجمعية وأطرافها ، نجد أنها "نزاع" وبين شخصين من أشخاص القانون العام ، وهى مما تتوافر فيه مقومات المنازعة الإدارية ، ومن ثم فإن ما تصدره من قرارات تعد بمثابة أحكام وتستمد هذه الصفة من كونها ملزمة فهى تتشابه من هذه الزاوية مع الأحكام القضائية .

ومما يؤكد ذلك أن الجمعية العمومية إنتهت إلى تقرير عدم - إختصاصها بنظر النزاع هو قرار قضائى لا يجوز الرجوع فيه [(٩)] .

ولا ينال من هذا النظر أن قرارات الجمعية لا يضفى عليه القانون صيغة الأحكام ومذيلة بالصبغة التنفيذية على نحو ما نصت به المادة ٢٨٠ مرافعات من إنه لا يجوز التنفيذ الجبرى إلا بسند تنفيذى إقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء ، ولا يجوز التنفيذ إلا بموجب صورة من السند

التنفيذى عليها صبغة التنفيذ التالية وعلى الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه ولو بإستعمال القوة متى طلب إليها ذلك ، ذلك أن الجهات الإدارية ، فى سبيل إقتضاء حقوقها فيما بينها ، إلى تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية ، كما أنه لا يجوز لجهات الإدارة أن تلجأ إلى أساليب التنفيذ الجبرى أو الحجز عليها لإقتضاء حقوقها على نحو ما هو مقرر للأفراد ، بل هى تلجأ إلى أساليب أخرى منها المقاصة أو التسوية الودية ، إذ أنه من غير المستساغ أن تلجأ جهات الإدارة إلى إستعمال وسائل غريبة (مثال ذلك : الحجز التحفظى ، التنفيذ الجبرى ، حجز ما للمدين لدى الغير [١٠] - مما قد لجأ إليها الأفراد فيما بينهم لإقتضاء حقوقهم ذلك أن المنازعة بين وزارتين أو جهتين عامتين من أى نوع كانت أموالها أموال عامة وإنتماؤها فى النهاية إلى الكيان الكلى للدولة كشخص عام ولمدد الخصومة بينهما مرفوض بحكم صفتهما المقامة . ثم إن مجلس الوزراء يقوم عليها جميعاً وعليه أن يلزم كل جهة بتنفيذ الرأى ، هذا إلا أنه لا يصح المنازعة من أى جهة فى سلامته ولا يقبل أن تمتنع الإدارة التى قضى عليها عن تنفيذه . إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه إنه كثيراً ما يحدث منازعات فى التنفيذ بين جهات الإدارة والسبيل الوحيد هنا هو اللجوء السلطات الرئاسية لمحاولة الضغط على الجهة التى تماطل فى التنفيذ لحثها على المبادرة فى التنفيذ ، إحتراماً لما إنتهت إليه الجمعية العمومية فى شأنها .

فصل ثان

مناط وضوابط إختصاص الجمعية العمومية

إن المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة تنص على أن :

تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى مسبباً فى المسائل الآتية [١١] المنازعات الى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض ، ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين ، ومفاد هذا النص أن المشرع وضع أصلاً عاماً مقتضاه إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى شأن منازعات الجهات العامة المشار إليها فيما بينها هو البديل للإختصاص القضائى المنوط بالمحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها حيث إقتضت إعتبارات التنظيم الإدارى للدولة والمصلحة العامة النأى بهذه المنازعات عن إختصاص القضاء لتحسم بالرأى الذى تصدره الجمعية العمومية بها ، ويكون له صفة الإلزام [١٢] .

والمقصود بالمنازعة التى تختص الجمعية العمومية بالفصل فيها برأى ملزم هى المنازعة التى تقابل الخصومة القضائية ، أى التى تقوم بين طرفين متنازعين ويكون مجالها حق أو مركز قانونى متنازع عليه بينهما ، فتحسم الجمعية العمومية هذه المنازعة برأى ملزم للجانبين [١٣]

كما أوضحت الجمعية العمومية [١٤] مدلول المنازعة ، بصورة أشمل إذا أشارت إلى أن المنازعة التى ينعقد إختصاص الجمعية بنظرها هى المنازعة حول حق قانونى ، ويفترض ذلك بالضرورة وجود إلتزام سابق بتنازع فى وجودها أو فى الوفاء به ، يستوى أن يكون مصدر هذا الإلتزام عقداً ، أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً فى القانون على أنه يلاحظ إن الجمعية العمومية [١٥] ذهبت فى صدد منازعة تتعلق بمنازعة بين جامعة المنوفية والوحدة المحلية لمدينة شبين الكوم حول تحديد القيمة الإيجارية لفيلات وعقارات تستخدم للإسكان الطلابى إلى أن إختصاص المقررة لها فى الفقرة (د) لا ينعقد إلا عند وجود نزاع على حق مالى بين جهتين من الجهات المشار إليها فيه بإعتبار أن هذا الطريق الذى رسمه المشرع لفض المنازعات بين الجهات المشار إليها بالنص والبديل عن إستعمال الدعوى كوسيلة حماية الحقوق وفض المنازعات.

ويعرف البعض [١٦] المنازعة الإدارية بأنها مجموعة الإجراءات التى تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناء على مسلك إيجابى يتخذ من جانب المدعى ، وتنتهى بحكم فاصل في النزاع ، أو بتنازل أو صلح أو بسبب عيب أو خطأ فى الإجراءات أو بأمر عارض فهى حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى .

كما عرف د. مصطفى كمال وصفى [١٧] المنازعة الإدارية بأنها الإجراءات القضائية التي تتخذ أمام القضاء الإدارى للمطالبة بأثر من الأثار المترتبة على علاقة إدارية .

إلا أنه ذهب فى موضع آخر إلى أن نص م٦٦/د فى شأن تحديد إختصاص الجمعية العمومية بنظر المنازعات التى تثور بين الجهات الإدارية وإلا كان غير دستورى ويكون معنى إلتزام الطرفين ، أى إدارياً لا قضائية فلا يتخذوا فيه إجراء إدارياً مضاداً أو موقفاً مخالفاً لمقتضاه ، إلا الطعن فيه أمام القضاء وذلك كما هو الحال بالنسبة للقرارات الإدارية النهائية والتى يختص القضاء الإدارى بالنظر فى إلغائها فإن وصفها بأنها نهائية أى إدارياً ، وهذا الوصف لم يمنع من أن يقرر القانون الطعن فيها طبقاً للمادة (١٠) من قانون المجلس رقم ٧٢/٤٧ وما ذهب إليه د. مصطفى كمال وصفى محل نظر . فإنه .

أولا : يخالف صريح نص م٦٦/د من قانون المجلس التى خصت الجمعية - دون غيرها - بنظر المنازعات الإدارية التى تثور بين الجهات العامة .

ثانياً : إن هذا الرأى يهدر الحكمة التشريعية التى صاغت نص م٦٦/د إذ أن لإعتبارات الى إقتضت تقرير هذا النص ، تسمو على ما يتطلبه التنظيم القضائى منه تعدد درجات التقاضى . فضلاً عما فى ذلك من عدم ضياع الوقت والحيلولة دون تناقض أحكامه .

ثالثاً : أن مؤدى الأخذ بهذا الرأى ، تأبيد المنازعات الإدارية دون الفصل فيها على وجه ينهى المنازعة إستقراراً للأوضاع الإدارية ، ووضع حد لها . بدلاً من تأبيدها .

رابعاً: أن النص على نص م١٦٦/د بأنه غير دستورى . بدعوى حجب إختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات ، أمر غير مقنع ، بل إنه يخالف ما إستقر بشأن قضاء المحكمة العليا فى هذا الصدد وعلى النحو السالف الإشارة إليه .

ومع تقديرنا للأراء المتقدمة ، إلا أنها لم تتناول تعريف المنازعة الإدارية فى خصوص حكم المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة .

ومن رأينا أن مدلول المنازعة التى تختص الجمعية العمومية بنظرها يختلف جزئياً عن مدلول المنازعة الإدارية بصفة عامة . فهما يتفقان فى جوهر المنازعة ويختلفان فى أطرافها وفى آثارهـا .

ومن هنا ، فإن تعليقنا يتناول تعريف الجمعية فى هذا الصدد فقد إتجهت فى بادىء الأمر إلى إعتبار المنازعة الي تختص بنظرها حق أو مركز قانونى متنازع عليه ، كما ذهبت فى هذا الصدد ، إلى تفسير مدلول المنازعة بصورة أكثر وضوحاً – فقالت إن مدار المنازعة حق قانونى ، ويفترض وجود إلتزام سابق بتنازع فى وجوده أو فى الوفاء به ، أياً كان مصدره سواء فى عقد أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً فى القانون .

إلا أن الجمعية العمومية – ذهبت فى مناسبة أخرى – إلى أن إختصاصها لا ينعقد إلا عند وجود نزاع على حق مالى .

ومن وجهة نظرنا ، أن الرأى الأول الذى تبينته الجمعية العمومية هو الأولى بالنظر والإتباع للأسباب التالية :

أولاً: إن الأصل فى تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضى به الإصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضى به الأوضاع اللغوية ، لأن الأصل أيضاً أن المشرع يستعمل فى صياغته للنصوص اللغوية القانونية ، الألفاظ فى معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها اللغوية العامة وذلك كله مالم يقم دليل من النص على أن المشرع إستهدف بلفظ معين معناه اللغوى لا معناه القانون[١٩] .

وحيث أن عبارات نص الفقرة (د) من المادة ٦٦ من قانون المجلس المشار إليه فى شأن إختصاص الجمعية العمومية بنظر المنازعات الى تنشأ بين الجهات المحددة بالنص ، وردت مطلقة ، والقاعدة أن المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص ، ومؤدى ذلك أن الجمعية تختص بنظر سائر المنازعات أياً كانت طبيعتها .

والواقع أن النزاع قد يثور حول إختصاص جهات المنازعة بالبت فى بعض المسائل أو التصرف فيها وفقاً لقوانينها وإعتراض بعض الجهات على غضب سلطة أخرى وفى مثل تلك الأمور الأولى أن تلجأ كلتاهما إلى الوزير المختص أو مجلس الوزراء على أن التصرف أو القرار المفروض عليه قد يكون من جانب (المجالس المحلية ، الإدارة المركزية) .

ثانياً: أن ما ذهبت إليه الجمعية العمومية من قصر إختص على المنازعات التى تدور حول نزع – من حق مالى – أمر يتعارض مع ما قصده

الشارع من إسناد الفصل فى سائر المنازعات المنصوص عليها فى الفقرة (د) من المادة ٦٦ المشار إليها ، إلى الجمعية العمومية ، كما أن الأخذ بتفسير الجمعية السالف الذكر من شأنه أن يقيد إختصاصها بغير موجب أو مقتضى ويترتب على تبنى هذا التفسير إلى أن بعض المنازعات التى لا تندرج فى إطار هذا المدلول تخرج عن نطاق إختصاصها ، ويؤدى ذلك ، بالضرورة وبحكم اللزوم ، أن تصبح مثل تلك المنازعات بلا جهة تختص بنظرها ، الأمر الذى يضر بحسن سير العدالة - كما تضر بمصالح جهات الإدارة ذاتها التى تسعى إلى حل منازعتها فيما بينها .

وفى ضوء هذا الفهم ، أن النص الذى يعهد هذا الإختصاص للجمعية العمومية فى القانون السارى لمجلس الدولة لعام ١٩٧٢ ، لم يقصر المنازعات التى تضمنتها ذلك الإختصاص على نوع منها دون آخرو ، ولم يقرنها بأى إستثناء أو تحفظ يسمح بخروج بعض منازعات الجهات العامة عن إختصاص الجمعية [٢٠] .

إلا أن المتتبع لأرائها فى تلك المنازعات يكتشف فيها إنها أخذت على نفسها فيه ألا تختص بنظر بعض المنازعات وفى ذلك قررت عدم إختصاصها بالمنازعات التالية التى تنشب بين الجهات العامة المحددة فى النص المشار إليه [٢١] المنازعات المتعلقة بالضرائب التى تنشأ بين مصلحة الضرائب وغيرها من الجهات الواردة بنص الفقرة (د) من المادة ٦٦ المشار إليها إستناداً إلى قانون الضرائب إذ إنتهت الجمعية إلى عدم إختصاصها على أساس أن المشرع رسم إجراءات معينة للنظر فى المنازعات الضريبية وحدد جهات بذاتها بنظر هذا النوع من المنازعات ، الأمر الذى يجب النزول عن أحكام القانون أياً كان أطراف هذا النوع [٢٢] .

- المنازعات التى تكون وزارة الأوقاف أو هيئة الأوقاف طرفاً فيها بصفتها القائمة على شئون الأموال الموقوفة وبين إحدى الجهات بالمادة ٦٦/د إنتهت الجمعية العمومية بعدم إختصاصها . تأسيساً على أن أى نزاع يتصل بتلك الأموال يباشره ناظر الوقف وهو من أشخاص القانون ولو كان الذى يباشر نشاطه من أشخاص القانون العام [٢٣] وأساس ذلك أن الأوقاف هنا ليست جهة إدارية بل أشخاص من أشخاص القانون الخاص .

- المنازعات المتعلقة بالحيازة إذ إنتهت الجمعية العمومية إلى أن المشرع عقد الإختصاص فى شأنها للنيابة العامة طبقاً للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ .

وبالتالى لا إختصاص للجمعية العمومية فى هذا الشأن ولو كان النزاع بين جهتين من الجهات الواردة فى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة [٢٤] .

- المنازعات فى تقدير الرسوم طبقاً للقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية إذ إنتهت الجمعية العمومية إلى عدم إختصصها بنظرها تأسيساً على أن تقدير الرسوم يتم بأمر يصدره رئيس المحكمة أو القاضى الذى أصدر الحكم حسب الأحوال بناء على طلب

قلم الكتاب ويعلن هذا الأمر المطلوب منه الرسم ، وأجاز المشرع لكل ذى شأن أن يعارض فى مقدار هذا الرسم أمام المحضر عند إعلانه بأمر التقدير أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم خلال الثمانية أيام التالية لتاريخ إعلان الأمر وتقدم المعارضة إلى رئيس المحكمة أو القاضى الذى أصدر الأمر حسب الأحوال الذى يصدر حكمه بعد سماع أقوال قلم الكتاب ولامعارضة ، ويجوز إستئناف الحكم الصادر فى المعارضة فى ميعاد غايته خمسة عشر يوماً من يوم صدوره سقط حقه فى الطعن ومؤدى ذلك أن قانون الرسم يتميز بذاتيته وأوضاع خاصة وقد رسم إجراءات معينة للنظر فى المنازعات التى تنشأ عن تقدير الرسوم وحدد جهات بذاتها لنظرها وعقد لها دون غيرها الإختصاص بذلك أياً كان أطراف هذا النزاع [٢٤] .

- المنازعات المتعلقة بإشكالات التنفيذ ، إذ إستقرت الجمعية العمومية فى هذا الصدد إلى عدم إختصاصها إستناداً إلى أن المشرع نظم الفصل فيها تنظيماً خاصاً ، وجعل ذلك لقاضى التنفيذ دون سواه ، وهذه المنازعات تدخل فى إختصاص قاضى التنفيذ ، ولا تختص بها الجمعية العمومية ولو كانت بين جهتين من الجهات المبينة بالمادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة ، تأسيساً على هذه المنازعات تخضع لإجراءات ومواعيد لا يتسنى الأخذ أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع [٢٥] .

ثم فإن ما نص عليه من إجراءات معينه وتحديده جهة بذاتها لنظر هذا النوع من المنازعات هو الواجب الإتباع طبقاً للأصل المقرر إلى الخاص بقيد عام (ملف ٣٢/٢/٣٩٢ - جلسة ١٩٧٤/١١/٦) .

كما إنتهت الجمعية العمومية - فى هذا الخصوص أيضاً - إلى عدم إختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بتطبيق قانون نزع الملكية للمنفعة العامة - على سند من القول بأن هذا القانون له ذاتيته وأوضاعه الخاصة وإذا كان هذا القانون قد رسم إجراءات معينة وحدد جهات بذاتها لنظر هذا النوع من النزعات فإن هذه الإجراءات تكون واجبة الإستيفاء كما أن هذه الجهات تكون هى المختصة بنظر النزاعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة (ملف ٣٢/٢/٣٧٠ - جلسة ١٩٧٣/٥/١٦) .

- المنازعات المتعلقة بطلب رفع الحجز إنتهت الجمعية العمومية إلى أن إختصاصها بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الجهات المنصوص عليها فى م٦٦/د على أنه قصر هذا الإختصاص على المنازعات الموضوعية التى تسود على أصل الحق . أما منازعات التنفيذ - فقد نظم المشرع الفصل فيها تنظيماً خاصاً ، وجعل ذلك لقاضى التنفيذ دون سواه ، ومن ثم فإن هذه المنازعات تدخل فى إختصاص التنفيذ ، ولا تختص بها الجمعية العمومية ولو كانت المنازعة بين جهتين من الجهات المبينة بالمادة ٦٦ سالفة الذكر وأساس ذلك أن هذه المنازعات تخضع لإجراءات ومواعيد لا يتسنى الأخذ بها أمام

الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ومن بين هذه المنازعات طلب رفع الحجز مما يختص به قاضى التنفيذ وحده طبقاً لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية وبناء على ذلك تدخل تلك المنازعات فى إختصاص قاضى التنفيذ ولو كانت بين جهتين من الجهات المبينة بالمادة ٦٦ المشار إليها ، حيث لا يتوقف الفصل فيها على الفصل فى موضوع أصل الحق (٢٦) .

- المنازعات المتعلقة بعلاقات إيجار الاماكن التي ينظمها القانونان رقما ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و ١٣٦ لسنة ١٩٨١ (الاجرة)

وإنتهت الجمعية العمومية إلى أنه ولئن كان الأصل أنها تختص بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الجهات المحددة على سبيل الخصوص المادة ٦٦/د إلا أنه إذا كان النزاع يتعلق بمنازعة تأجيرية يحكمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه كان الفصل فيه يخرج عقد إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع وذلك بغض النظر عن أطرافه إذ يتعين أن يتم وفقاً للإجراءات والمواعيد وأمام الجهة التى حددها القانون الخاص بذلك وهى المحكمة الإبتدائية الكائن فى دائرتها المكان المؤجر محل النزاع ، ذلك أن هذا القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ له ذاتيته وأوضاعه الخاصة ، ومن ثم فإن ما نص عليه من إجراءات معينة وتحديده - لجهة بذاتها لتنظر هذا النزاع من المنازعات هو الواجب الإتباع ، وتكون الجهة التى حددها القانون هى المختصة دون غيرها بنظر تلك المنازعات وينحسر عند الجمعية العمومية تبعاً لذلك الإختصاص بنظرها إذ أنه من المقرر أن الخاص يفيد العام (٢٧) .

ومع ذلك قررت الجمعية العمومية بإختصاصها بنظر منازعة حول تقدير القيمة الإيجارية بين وزارة الداخلية وبين مدينة أسوان تجنباً لنشوء حال تنازع سلبى على الإختصاص وإنكار العدالة وتلخص المنازعة فى أنه بتاريخ ٢٧ من يونيو سنة ١٩٧٦ أقام وزير الداخلية بصفته الدعوى رقم ٣٨١ لسنة ١٩٧٦ لجنة تقدير الإيجارات وقضى إبتدائياً بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد ، وعند إستئناف الحكم قضت محكمة إستئناف أسيوط بعدم إختصاص محكمة أول درجة ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى الجمعية العمومية إختصاص لقسمى الفتوى والتشريع ، فتصدت الجمعية العمومية بنظر النزاع والفصل فيه برأى ملزم (٢٨) .

المنازعات المتعلقة بنزع الملكية : وإنتهت الجمعية العمومية إلى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة أو التحسين رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (هذا القانون ألغى بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠) هو قانون له ذاتيته وأوضاعه الخاصة وإذا كان هذا القانون وقد رسم إجراءات معينه وحدد جهات بذاتها لنظر هذا النوع من النزاعات ، فإن هذه الإجراءات تكون واجبة الإستيفاء ، كما أن هذه الجهات تكون هى المختصة بنظر النزاعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة والتحسين ، ومن ثم تخرج عن إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع (٢٩) .

إلا أن الجمعية كان لها إتجاه سابق – [٣٠] فى شأن المنازعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة – إذ ذهبت إلى أن طابع الخبرة فى منازعات قانون نزع الملكية لا يعنى شيئاً لإستبعاد إختصاص الجمعية العمومية ، لأن الأحتكام إلى الخبرة ، كما تعتبره الجهات التى حددها القانون إذا قدرت لزوم ذلك ، يمكن أن ترعاه الجمعية التى تملك – إذا أثارت المسألة الى تنظرها لزوم معرفة رأى خبير – أن تسلك هذا السبيل ، فتطلب سماع أصل الخبرة أو تقاريرهم ، عوناً لها فى النزاع وملتجئة فى ذلك إلى جهات الخبرة الرسمية فى وزارة العدل أو غيرها مع التصرف فيمن يتحمل بتكاليف ذلك من أطراف النزاع طبقاً لقانون المرافعات .

وهذا المسلك من جانب الجمعية العمومية ، محل نظر ، وإنه حان الوقت لإعادة النظر فى تقرير إختصاصها بنظر جميع منازعات الجهات العامة فيما بينها وإبداء رأى ملزم للجانبين فيها ، وذلك للإعتبارات التالية [٣١] .

(١) إن إختصاص الجمعية العمومية بنظر وإبداء الرأى الملزم فى المنازعات المشار إليها هو إختصاص مانع ، تحل فيه محل الحاكم دون أن يكون شركة بينهما ذلك أن منازعات الجهات العامة ، لا مدخل لها إلى الفصل فيها من جهة قانونية محايدة ، إلا أن تطرح على الجمعية العمومية ، وإنه لا يوجد قانوناً قناة تصل بها إلى المحاكم ، ومؤدى قرار الجمعية بعدم إختصاصها بنظر إحدى تلك المنازعات ، أن تظل هذه المنازعة قائمة لا سبيل إلى البت فيها وتبقى بلا حل بحكم أو رأى ملزم إلى الأبد ولا شك أن هذا المؤدى مما يتعين فى التفسير والتطبيق تجنبه .

(٢) إن الإختصاص المطروح يقوم بحسب النص به ، على أساس من أطراف النزاع ، فالإعتبار الذى يستمد منه ويسند إليه ، هو أن المنازعات محله بين جهات عامة ولقد كان وظل كذلك منذ نشأته بقانون إنشاء مجلس الدولة وحتى قانونه الحالى ، أى أن موضوع المنازعة فى ذاته أو طبيعتها على وجه الخصوص لم يكن محل إعتبار فى ميلاد ذلك الإختصاص وجهاته القانونية ، حيث لم يرد بالنص المقرر له ، على مدى التشريعات التى قررته ، أى إشارة أو عبارة تنصرف إلى موضوع المنازعة أو طبيعتها ، وبعبارة أخرى فإنه طالما أن قانون مجلس الدولة قد جعل من طرف المنازعة أساس إختصاص الجمعية العمومية بنظرها فإنه لا يتأتى تعديل هذا الأساس إلى طبيعة المنازعة أو نظام الفصل القضائى فيها ، لتطويق ذلك الإختصاص والحد من نطاقه .

أضف إلى ذلك أن إختصاص الجمعية العمومية هنا جاء به القانون مطلقاً فى عبارة راجعة جامحة ، لا تتيح إقتطاع شئ منه بأى دعوى أو تعلقه إلا بنص قانونى مقابل وصريح .

(٣) من المفهوم إن قرارات الجمعية العمومية بعدم إختصاصها بنظر بعض منازعات الجهات العامة ، سيؤدى إلى أن تكون هذه المنازعات بغير سبيل أو مرجع الفصل فيها ، لا قضاء ، ولا إفتاء لعدم وجود جهة أخرى لذلك .

(٤) أن أى نزاع وكل نزاع يخضع الفصل القضائى فيه لتنظيم إجرائى مفصل من قانون المرافعات المدنية والتجارية أو من قانون مجلس الدولة - بحسب الأحوال . كما تختص بنظره محكمة معينة يحددها القانون سواء يوجد القواعد العامة للإختصاص عن القضائى أو يوجب نص خاص ورغم ذلك ، أو مع ذلك فإن المشرع أختص منازعات الجهات العامة بألا تطرح ، بالتنظيم الإجرائى للفصل القضائى فيها ، أمام المحاكم وجعلها إختصاصاً للجمعية العمومية تبدى فيها رأياً ملزماً ، ومن هنا فإنه يبدو وكأنه لا مقنع فى أن يكون للمنازعة تنظيم إجرائى خاص للفصل فيها بحكم ، لجعلها من إختصاص الجمعية ، ولا أن تكون من إختصاص محكمة بذاتها على خلاف القواعد الأصلية لإختصاص المحاكم ، حتى تستبعد من إختصاص الجمعية العمومية ، فضلاً عن سبق ذكره من إعتبارات ودواعى يظل المقطع والمناط هو أطراف النزاع لا نظام الفصل القضائى فيه ، لأن لكل نزاع مثل هذا النظام حتماً.

(٥) إنه على سبيل المثال - وتسلم إبتداء أن القياس عليه قد يكون مع الفارق ومع ذلك علة دلالته ، فإن قانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ خص هيئات التحكيم المنشأة وفقاً لأحكامه بالفصل فى المنازعات التى تقع فيما بين تلك الشركات أو بينها وبين جهات عامة ، أى أن مناط الإختصاص ليس موضوع المنازعات أو طبيعتها أو التنظيم القضائى للفصل فيها وإنما مناطه هو أطراف المنازعة وذلك كالشأن تماماً بالنسبة إلى إختصاص الجمعية العمومية بالنسبة إلى منازعات الجهات العامة .

وكما لا يتأتى أن تتخلى هيئات التحكيم تلك عن الفصل فى منازعة كما عهد القانون إليها بتعلله من إنها منازعة عقد المشرع الإختصاص بنظرها لجهة معينة بنص صريح خاص أو خصها بإجراءات معينة عند الفصل فيها ، فإنه لا يتأتى أيضاً وكذلك ألا تختص الجمعية العمومية لذات الأسباب بنظر المنازعات التى عهدها لها قانون مجلس الدولة

ومع ذلك فإن الإفتراضات الأخرى لا فى تلك القرارات ، لا تخرج عن أن تطرح المنازعة التى تقرر الجمعية عدم إختصاصها بنظرها ، على المحكمة المختصة بالفصل فيها أصلاً عندما لا يكون طرفاها من الجهات العامة ، وهنا فإما أن تقضى المحكمة بعدم إختصاصها بالفصل فى المنازعة وتحيلها أولاً إلى الجمعية العمومية التى تقرر أو تكون قد قررت عدم إختصاصها بنظرها لتبقى المنازعة بغير حسم ولا فصل ولا رأى ، وأما أن تقضى المحكمة فى المنازعة ، بما لا يتفق مع النص الصريح الذى يجعلها من إختصاص الجمعية العمومية وتبلغ بذلك موقفاً تغدو فيه منازعات الجهات العامة مما تقضى فيه المحاكم القضائية بأحكام ذات حجية والبعض الآخر مما تبدى بشأنه الجمعية العمومية رأياً ملزماً فحسب والبعض الثالث جائزاً بين هذا وذلك بلا حكم ولا رأى .

خلاصة القول : أن الجمعية العمومية مازالت عند إفتاءها السابق من التخلى عن نظر المنازعات المشار إليها ، على سند حاصله إن هذه المنازعات نظم المشرع الفصل فيها تنظيماً خاصاً بقوانين تتمتع بذاتية خاصة ومن خلال أوضاع وإجراءات فصلها هذه القوانين التى عقدت الإختصاص بنظر المنازعة لجهة قضاء معينة بنص خاص صريح ، وفى هذا الصدد ، فإنه ما دام القانون قد عقد الإختصاص للمحاكم بنظر منازعات فإن الجمعية تقف عند إبداء الرأى فيها للملائمة ، وحتى لا تصدر بحكم .

إلا أننا نأمل - فى القريب - أن تعيد الجمعية النظر فى إفتاءها السابق على نحو يتفق مع صحيح القانون وسندها فى ذلك الإعتبارات السالف النزاع عليها .

فصل ثالث - إجراءات التقاضى أمام الجمعية العمومية

أنه باستقراء أحكام قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، يبين إنه لم يتضمن إجراءات لنظر المنازعات أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، على غراء ما ورد النص عليه فى شأن إجراءات التقاضى أمام محاكم مجلس الدولة .

وإزاء هذا النقص ، فإنه لا مناص من الرجوع إلى حكم المادة ٢٣١ من مواد الإصدار قانون مجلس الدولة التي تنص على أن " تطبق الإجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون ، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائى ، فإن ذلك يقتضى كأصل عام عدم الأخذ بإجراءات قانون المرافعات المدنية والتجارية أو أحكامه أمام القضاء الإدارى إلا فيما لم يرد فيه نص خاص فى قانون مجلس الدولة وبالقدر الذى لا يتعارض نصاً وروحاً مع نظام مجلس الدولة وأوضاعه الخاصة به [٣٢] .

ومؤدى ذلك أن إجراءات المرافعات تطبق أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلا فيما يتعارض مع طبيعة المنازعة أمام الجمعية أما عن الصفة فى التقاضى أمام الجمعية ، فإنه لما كان إختصاص الجمعية هو بديل عن إستعمال الدعوى - وهو ما يحتم طلب عرض النزاع على الجمعية من صاحب الصفة فى التقاضى طبقاً للقانون وإنه يوجه إلى من يمثل الجهة الموجه إليها قانوناً بالصفة شرط لقبول الدعوى أو بديلها من وسائل حماية الحقوق [٣٣] .

وفى هذا الصدد يجب أن يتولى عرض المنازعة النائب القانونى عن الجهة وفى هيئة قضايا الدولة بالنسبة للحكومة ووزاراتها ومصالحها ووحدات الحكم المحلى أو الإدارة القانونية المختصة بالنسبة للهيئات العامة أو هيئات القطاع العام وذلك بناء على موافقة الممثل لها فى التقاضى صراحة ، إلا أنه فى الواقع إن الأمر يجرى فى هذا النصوص على خلاف ذلك فإن الذى يتولى عرض المنازعة هو الممثل القانونى للجهة ، كما أن المنازعات تعرض دون عرائض توضح عناصر المنازعة

ومقوماتها ، فضلاً عن تحديد الطلبات بصورة دقيقة .

أما عن المصلحة فى التقاضى أمام الجمعية ، فإنه من المبادىء المستقرة فى فقه القانون ، من حيث إنه لا مصلحة فلا دعوى [٣٥] ومن المتفق عليه فى قانون المرافعات إن المصلحة الي تبرر قبول الدعوى ، يجب أن تستند إلى حق أعتدى عليه أو مهدد بالإعتداء ، فإن المصلحة فى دعوى الإلغاء لا يشترط فيها أن تستند إلى حق لرافعها أعتدت عليه السلطات العامة أو مهدد بإعتدائها عليه ، وبهذا يختلف معنى المصلحة فى القانون المدنى وفى نطاق القانون الإدارى ذاته يفترق معنى المصلحة فى دعوى القضاء الكامل ذلك إنه يشترط لقبول دعوى الإلغاء الإكتفاء بمجرد مصلحة شخصية ومباشرة ، فى حين إنه يشترط لقبول دعوى القضاء الكامل أن يكون هناك إعتداء على حق يسعى صاحب الشأن لإقتضائه [٣٤]

ومن حيث إنه على مقتضى ما تقدم فإنه ولئن كانت أطراف المنازعة أمام الجمعية أشخاص معنوية عامة ، إلا أن بالنظر إلى طبيعتها فى أما منازعة إدارية أو منازعة مدنية ، ومن ثم فإن مدلول المصلحة فى المنازعة يتسع ليتفق مع طبيعة المنازعة وهى تدور حول حق أعتدى عليه من إحدى السلطات العامة .

أما فيما يتعلق بالمواعيد الواجب مراعاتها أمام الجمعية فالأصل أن مراعاة المواعيد ، واجبة ، ووجوبها لا يرتبط بجهة نظر النزاع التى يتعين عليها عند التعرض له أن تراعى إلتزام أطراف النزاع تلك المواعيد والإجراءات وترتب على تفويتها حكم القانون فى ذلك وهو ما يمكن ، ويجب على الجمعية العمومية مراعاته عند نظرها من هذا القبيل [٣٧] .

ومما يؤيد هذا النظر ما قضت به الجمعية العمومية من أن إختصاصها بنظر المنازعات بين جهتين أو أكثر من الجهات المشار إليها فى الفقرة (د) من المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الدولة - هو بديل عن إستعمال الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات بينها [٣٨] .

أما بالنسبة إلى طابع الخبرة في المنازعات التى تعرض على الجمعية العمومية فإنها أشارت إلى أن الإحتكام إلى الخبرة كما تعتبره الجهات التى حددها القانون إذ قدرت لزوم لذلك ، يمكن أن ترعاه الجمعية التى تملك إذا أثارت المسألة التى تنظرها لزوم معرفة رأى خبير - أن تسلك هذا السبيل ، فتطلب سماع أصل الخبرة أو تقاريرهم عوناً لها فى فض النزاع - وملتجئه فى ذلك إلى جهات الخبرة الرسمية فى وزارة العدل أو غيرها مع التصرف فيمن يتحمل بتكاليف ذلك من أطراف النزاع طبقاً لقانون المرافعات .

أسباب إنتهاء المنازعة :

الأصل أن المنازعة تنتهى بقرار ملزم ، كما تنتهى بغير ذلك كالترك أو التنازل ، بيد أن هناك أسباب لا تنتهى به الخصومة مثال ذلك التقادم .

فالمنازعة أمام الجمعية العمومية - هى خصومة قضائية

مناطها قيام النزاع الذى هو جوهرها وإستمراره بين طرفيها ، فإن هى رفعت مفتقره إلى هذا الركن كانت من الأصل غير مقبولة ، وإن هى رفعت متوافرة لها ثم إفتقدته خلال نظرها أصبحت غير ذات موضوع ووجب الحكم بإعتبارها منتهية [٣٩] وشأن هذه المنازعة شأن سائر المنازعات الإدارية قد تنتهى بتسليم المدعى عليه بطلبات المدعى حتى توافرت الشروط القانونية المطلوبة وينتج أثره فيها فى الحدود الى عينها القانون ، وهو فى الخصوص تسليم بكل طلبات الجهة الى طلبت عرض المنازعة للبت فيها [٤٠] .

كما أن المنازعة قد تنتهى بالترك إذا طلبت الجهة الإدارية ترك طلب البت فى المنازعة التى طلبت طرح المنازعة عليها ، بحسب ما إذا كان الترك منصباً على إجراءات عرضه كلها أو بعضها ، وأياً كان مداه أو أثره [٤١] فإن مهمة الهيئة الى تنظرها بمقتضى إختصاصها المقرر فى م٦٦/د من قانون مجلس الدولة لا تعدو أن تكون إثبات ذلك دون التصدى للفصل فى أصل النزاع الذى أصبح غير ذى موضوع [٤٢]

ومما يجدر الإشارة إليه أخيراً ، أن التقريب بين هذا النوع من الإختصاص للجمعية العمومية وإجراءاته ، والعمل القضائى لا ينفى بطبيعة الحال أن يكون له طبيعته الخاصة ، فمثلاً من المستقر أنه لا يجوز الدفع بالتقادم فى الديون المتنازع عليها بين الأطراف ، إذ أشارت الجمعية العمومية فى هذا الصدد [٤٣] إلى أنه لا مجال للتمسك بالتقادم فيما بين الجهات الإدارية ، إذ أن المشرع وقد خص الجمعية العمومية بالفصل فى المنازعات الى تنشأ بين الجهات العامة فإنه يكون قد أستبعد الدعوى كوسيلة لحماية الحق والتقادم يلحق الدعوى دون الحق كما قضى بعدم تطبيق نظام الإحالة عند الحكم بعدم الإختصاص المنصوص عليه فى المادة ١١٠ من قانون المرافعات إستناداً إلى أن الإحالة لا تكون إلا بين محكمتين تابعتين لجهة قضائية واحدة أو لجهتين قضائيتين مستقلتين والجمعية العمومية ليست محكمة ، وإنما هى جهة - ليست هنا جهة فتوى - حدد القانون إختصاصها [٤٤] وفى الواقع أن إتصال الجمعية بالمنازعة - بطلب من يمثل الجهة ، ولا يغنى عنه إحالتها من المحاكم بعدم صحة ذلك ، ووجوب عرض المنازعة للفصل فيها برأى ملزم .

الفصل رابع

جواز إعادة النظر فى قرارات الجمعية العمومية

نوهنا - فى أكثر من موضع - إلى أن المشرع فى قانون مجلس الدولة لم ينص على إجراءات معينة لنظر النزاعات أمام الجمعية العمومية ، كما أنه - وبنفس المسلك - لم ينص على طريق الطعن فى قرارات الجمعية الى تصدرها بمناسبة الفصل فى المنازعات الى تنشأ بين الجهات المحددة على سبيل الحصر فى الفقرة (د) من المادة ٦٦ من قانون المجلس .

وما دام الأمر كذلك ، فإنه من المناسب أن نتساءل عن مدى جواز الطعن أو إعادة النظر فى قرارات الجمعية العمومية :

وإذا أمعنا النظر فى التساؤل المشار إليه ، نلحظ أنه ينطوى - فى حقيقة الأمر - على شقين :

الأول - مدى جواز الطعن فى قرارات الجمعية العمومية :

الثانى - مدى جواز إعادة النظر فى قرارات الجمعية العمومية :

وفيما يتعلق بالشق الأول ، فإن المقطوع به ، أن قانون مجلس الدولة لم ينص على طريق للطعن فى قرارات الجمعية العمومية بل نص صراحة وبعبارات قاطعة الدلالة فى أن قرارات الجمعية العمومية ملزمة للطرفين وبها تعتبر النزاعات منتهية بما مفاده أن المشرع قطع - بما لا يدع مجالاً للشك - فى نهائية قرارات الجمعية العمومية ، بما لا يستتبع معه الطعن فيها أو عدم جواز نظر النزاع لسابقة الفصل فيه [٤٥] .

وقد قصد المشرع من ذلك توفير الكثير من الجهد والوقت والأموال التى كانت تنفقها الجهات الإدارية فى التقاضى فيما بينها .

أما فيما يتعلق بالشق الثانى ، فإن قانون مجلس الدولة لم ينظم طريقاً لإعادة النظر فى الجمعية العمومية ، كما هو الآن بالنسبة لما ورد فى خصوص الشق الأول من التساؤل السالف الذكر .

وقد أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع [٤٦] هذا المعنى فى أكثر من مناسبة ، إذ قررت أن المشرع أناط بالجمعية العمومية الإختصاص بإبداء الرأى مسبباً فى المنازعات التى تنشأ بين جهات حددها على سبيل الحصر على أن يكون رأى الجمعية ملزماً للجانبين حسبما لا وجه النزاع وقطعاً له والمشرع لم يعط لجهة ما حق التعقيب على ما تنتهى إليه الجمعية العمومية فى هذا الشأن ومتى إنتهت الجمعية فى مجال المنازعة برأى نهائى وملزم حاسم للنزاع إستنفذت ولايتها بإصداره ، ولا يجوز إعادة النظر فيه حتى لا يتجدد النزاع إلى مالانهاية .

وإذا كان لا يجوز الطعن فى قرارات الجمعية العمومية ، فهل يجوز التماس إعادة النظر بإعتباره أمراً جائزاً فى الأحكام النهائية وأن المشرع نظر إليه فى قانون المرافعات على أنه مجرد تظلم إلى الجهة التى أصدرته .

فلقد نصت المادة ٢٤١ المشار إليها على أن " للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية فى الأحوال الآتية :

(١) إذا وقع من الخصوم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم .

(٢) إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التى بنى عليها أو قضى بتزويرها .

(٣) إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة .

(٤) إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .

(٥) إذا قضى الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه .

(٦) إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض .

(٧) إذا صدر الحكم على شخص طبيعى أو إعتبارى لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً فى الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الإتفاقية .

(٨) لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات عشر من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم .

وإذا ما نظرنا إلى حالات إعادة النظر ، نجد أن ما قد يصح الأخذ منها لا يعدو فى الحالتين المشار إليهما فى البندين (١) و (٤) .

ومفاد هاتين الحالتين أن الغش الذى يجيز قبول التماس إعادة النظر بالمعنى المقصود من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات ، يشترط فيه أن يتم بعمل إحتيالى يقوم به الملتمس ضده وينطوى على تدليس يعمد إليه الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر فى عقيدتها فتحكم بناء على هذا القصور لصالح من إرتكب الغش ضد خصمه الذى يجهل أن هناك غشاً ، وكان يستحيل عليه كشفه أو دحضه ، ومن ثم فإن الغش الذى يعتد به كسبب من أسباب الإلتماس هو الذى يكون خافياً على الملتمس أثناء سير الدعوى وغير معروف [٤٦] له ، فإذا كان مطلقاً على إعمال خصمه ولم يناقشها أو كان فى وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يكشف من حقيقته للمحكمة أو كان فى مركز يسمح له بمراقبة تصرفاته ، ولم يبين أوجه دفاعه فى المسائل التى يتظلم فيها ، فإنه لا وجه للإلتماس .

وتطبيقاً لما تقدم ، فإن الجمعية العمومية ، إنتهت إلى أن ثبوت تزوير فى طلب الغرض على الجمعية ، يؤدى إلى إعتبار رأى الصادر بناء على هذا الطلب كأن لم تكن .

أما فى خصوص البند رابعاً من حالات إعادة النظر ، فإن الأصل حسبما إستقر عليه رأى الجمعية – أن المشرع أسند البت فى المنازعات بين الجهات الإدارية ، ونص على أن يكون رأيها ملزماً ، ومن ثم يكون هو القول الفصل فى النزاع ولا معقب له ، ولا يقبل بإذن طلب لأى من أطرافه بإعادة النظر فى المسألة الأساسية الى فصلت فيها الجمعية ، وإنما تستقر الأوضاع على مقتضى رأيها الملزم وتتحدد الحقوق والإلتزامات على أساسه ولا يصح السعى إلى طلب نقضه بمثله أو المجادلة فى شىء وما قرره من الواجب الإلتزام هذا الرأى وتنفيذ مقتضاه ويمتنع على أطرافه العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل بأى طلب تال يثار فيه هذا النزاع ولو بأدلة قانونية وواقعية لم يسبق إثارتها أو أثيرت وصرفت الجمعية عنها النظر . إذ لا يجوز العودة إلى أثارة المنازعة ذاتها حال بقاء موضوعها وسببها على حالة ، وعدم تغيير شىء من الواضح فى أمرها ، أو طلبات الطرفين المتنازعين فيها [٤٧] وتطبيقاً لذلك عرضت على الجمعية العمومية منازعة تخلص فى أن الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة تشغل من أراضى ميناء بورسعيد مساحة قدرها ٢٠٧٦ متراً مربعاً على سبيل التسامح من هيئة قناة السويس دون مقابل لإنتفاعها بها ، ولما حلت الهيئة العامة لبناء بورسعيد محل قناة السويس بمقتضى

القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٠ بإنشائها وقرار رئيس الجمهورية رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٦ بتحديد الأصول المخصصة لميناء بورسعيد ، فى إعتبار تلك الأرض وغيرها مضافة إلى ملكيتها نقلاً من هيئة قناة السويس ، طالبت الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة بأن تحرر لها عقود للترخيص لها بالإنتفاع بها وأن تؤدى إليها مقابل ذلك إعتباراً من ١٩٨١/٧/١ تاريخ تسلم هيئة ميناء بورسعيد لها فلم تستجب إلى طلبها ، لما قالت به من أن هذه الأرض هى من المناطق الحرة التى أنشأتها طبقاً للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بنظام إستثمار المال العربى الأجنبى والمناطق الحرة (م ٣٠) وإنها قامت بتجهيزها بالمرافق اللازمة لإستغلالها فيما رخص لها . بإعتبارها إحدى الهيئات العامة المنوط بها تنفيذ سياسة الدولة فى مجال الإستثمار وإن المشروعات المرخص لها فى المناطق الحرة تلتزم بأداء مقابل إنتفاع عن الأراضى المرخص لها بشغلها فيها من قبل الهيئة طبقاً لذلك القانون ولائحته التنفيذية ، تؤول حصيلته إلى الهيئة بإعتباره من مواردها ، وبعرض المسألة على وزارة المالية رأت أن لهيئة ميناء بورسعيد حق مطالبة الجهات التى تشغل مساحات داخل الدائرة الجمركية بالفئات المقررة فى قرار وزير النقل والمواصلات رقم ١٠٩ لسنة ١٩٨٥ على أن تستثنى من ذلك جهات الأمن ، إذا ما وافق مجلس إدارة الهيئة ، على أن يعرض الأمر على وزارة المالية ، ومن ثم طلبت الهيئة العامة لميناء بورسعيد إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بكتابها رقم ١١٥٤٦ بتاريخ ١٩٨٧/٤/١٦ إبداء رأيها فى هذا النزاع وإلزام الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة بأداء مقابل الإنتفاع بالأراضى المشار إليها حتى ١٩٨٧/٦/٢٠ وقدره ٥٧٧٢٠٧ر٥٩ جنيهاً ، بواقع ٤٠٣٥٠٠ر٠٢ جنيهاً فى المدة من ١٩٨١/٧/١ حتى ١٩٨٦/١/٢١ بالفئات الواردة بقرار مجلس إدارتها بالنسبة إلى الجهات الحكومية وشركات القطاع العام ، وعن المدة التالية حتى ١٩٨٧/٦/٣٠ بالفئات الواردة بقرار وزير النقل والمواصلات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه ، مضاف إليها ما يستجد بعده بواقع ٦٠٢٤ر٤ جنيهاً كل ستة أشهر إعتباراً من ١٩٨٧/٧/١ وإنتهت الجمعية فى فتواها إلى أنه ولئن كان الأصل فى إنتفاع الجهات العامة بالمال العام المملاك للدولة ولغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى أن يكون بدون مقابل بحيث لا تلتزم الجهة المنتفعة بالمال العام بأداء مقابل إنتفاعها به إلا إذا إرتضت أداء هذا المقابل إلا ان إعمال هذا الأصل منوط بأن يكون إنتفاعها بالمال العام فيما خصص له هذا المال لأداء الخدمة العامة التى يضطلع بها المرفق القائمة على إداراته أما إذا إستهدفت بذلك الإنتفاع إستغلال المال العام فى غير ما خصص له ولغرض أخر للحصول على مقابل هذا الإستغلال فلا محل فى هذه الحالة لإعمال ذلك الأصل ، ويتعين على الجهة المنتفعة تبعاً لذلك أداء مقابل الإنتفاع المقرر وترتيباً على ما تقدم ولما كان الثابت أن الأرض المشار إليها فى الحالة

المعروضة هى من الأموال العامة المخصصة لخدمة أغراض ميناء بورسعيد وإن الهيئة العامة للإستثمار قامت بوضع يدها عليها وشغلها أبان ملكية هيئة قناة السويس لها كما قامت بإستغلالها وذلك بالترخيص بالإنتفاع بها للمشروعات الإستثمارية بالمنطقة الحرة نظير الحصول على مقابل الحصول على مقابل هذا الإستغلال بالعملة الأجنبية وذلك دون أية معارضة أو منازعة من جانب الهيئة المالكة حينئذ وإستمر الوضع على هذا النحو إلى أن آلت تبعية الأرض المشار إليها إلى هيئة ميناء بورسعيد طبقاً لأحكام القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٠ وقرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٥ لسنة ١٩٨٠ المشار إليها وإذ كان المسلم به وفقاً لما تقدم أن تحويل مدينة بورسعيد إلى منطقة حرة لا تؤثر على ملكية هيئة قناة السويس ومن بعدها هيئة ميناء بورسعيد للأرض المشار إليها ولا يتضمن أى مساس بالغرض المخصصة له هذه الأرض لخدمة ميناء بورسعيد وأن الهيئة العامة للإستثمار تقوم بإستغلالها فى التأجير للمشروعات الإستثمارية ومن ثم يحق للهيئة المالكة الحصول على مقابل إنتفاع هيئة الإستثمار بتلك الأرض ينصب على هذه الأخيرة أداء المقابل المستحق وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن وذلك من تاريخ إخطارها من قبل الهيئة المالكة بوجود أداء ذلك المقابل ، ولا يجدى للهيئة المذكورة فى مقام التنصل من أداء هذا المقابل ما تدعيه من أن هذا النزاع سبق وإن عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من قبل محافظة بورسعيد وإنتهت بجلستها المنعقدة فى ١٩٨٤/٣/٧ إلى أحقية الهيئة العامة للإستثمار فى تحصيل قيمة الإنتفاع بالأرض بالمنطقة الحرة ببورسعيد والتى رخص بشغلها للمشروعات الإستشارية وذلك لإختلاف موضوع المنازعة وأطرافها : فالمنازعة السابقة كانت حول حق المحافظة فى إستئداد مقابل الترخيص بإستغلال هذه الأرض من مجلس إدارة المنطقة الحرة والمنازعة الحالية تدور حول قيام المنطقة الحرة بوضع يدها على أرض مملوكة لهيئة ميناء بورسعيد ولا شأن لها بالأرض .

ولهذه الأسباب إنتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى إلزام الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة بأداء مقابل إنتفاعها بالأرض المشار إليها فى الحالة المعروضة إعتباراً من تاريخ إخطارها بوجوب أداء هذا المقابل وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن ، وإنه عن طلب إعادة النظر ولمن الواضح منه ومن سائر الأوراق لا يتضمن أية وقائع جديدة ، فتحرير واقعة النزاع على الوجه المبين به ، لا يختلف فى شئ عما سبق أن حصلته الجمعية العمومية وإستظهرته فى بيانها لواقعة النزاع فى الفتوى الصادرة فى الخصوص وإنما هو يقوم على جدل غير سائغ فى صواب ما إنتهت إليه الجمعية من رأى ملزم أما تقول به الهيئة من أن ملكية أراضى المنطقة الحرة ببورسعيد إنتقلت إليها بتخصيصها لأغراضها طبقاً للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ وما صدر من قرارات وأتخذ منها من إجراءات إستناداً إليه

فهو قد تم بالقانون وبتراضى بالجهة القائمة عليها آنئذ ، المحافظة وهيئة قناة السويس ، فإن كان إنتقال من بعد ذلك فى تبعية تلك الأراضى إلى هيئة الميناء . فهى كخلف لا تملك إلا ما كان لسلفها ، ولا أساس إذن لطلبها مقابل أنتفاع بها . وهذه كما ظاهر هى المسألة الأساسية التى فصلت فيها الجمعية العمومية بجلسة ١٩٨٨/٣/٦ وهى التى دار حولها النزاع وعلى ما أستند إليه أطرافه وتناقشوا فيه بمذكراتهم وهى بذاتها الأساس فى طلب إعادة النظر فى الفتوى مما يقوم على ما سلف إيضاحه على الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى إفتعلتها الهيئة من قبل ، وقد تضمنت الفتوى فى أسبابها الرد الكاف على كل ما عادت الهيئة تثيره فى طلب إعادة النظر ، ومن ثم يكون طلب إعادة النظر فى غير محله ، إذ لا يجوز العود إلى إثارة المنازعة ذاتها حال بقاء موضوعها وسببها على حاله ، وعدم تغيير شيء من الواقع فى أمرها أو طلبات الطرفين المتنازعين فيها ، إذ سبق الفصل فيها كما عرضت على الجمعية منازعة مدارها خضوع أو عدم خضوع شركة كويزر إنترناشيونال للضريبة المصرية علي القيم المنقولة عما حصلت عليه من تنفيذ العقد المبرم بينها وبين المؤسسة المصرية العامة للصناعات المعدنية ، وذكرت أن الشركة المذكورة هى صاحبة الشأن فى هذا النزاع لإنها هى الممول الذى بطت عليه الضريبة وهى التى يحق لها الطعن فى هذا الربط ، أما المؤسسة المصرية العامة للصناعات المعدنية فليس لها فى النزاع المشار إليه ، ولا يغير من ذلك ما تضمنه العقود المبرم بينها وبين الشركة من تحمل المؤسسة كافة ما يستحق على الشركة من ضرائب فى مصر لأن هذا الحكم لا يغير من صفة الشركة كممول للضريبة ولا يعفيها من وجوب أداء الضريبة لمصلحة الضرائب ، وليس من شأنه أن تحل المؤسسة محل الشركة ممولاً للضريبة أو يجعل المؤسسة وكيلاً عن الشركة بخصوص الضريبة والمؤسسة لا تعدوا أن تكون محالاً إليه بدين الضريبة المستحقة على الشركة ويجوز لها بهذه الصفة الأخيرة إذا قبلت مصلحة الضرائب أن تؤدى الضريبة عن الشركة بعد صدور الربط عليها نهائياً ، ولا يغير من ذلك أيضاً أن لجنة الطعن قد ألزمت المؤسسة بأداء الضريبة لأن أساس هذا الإلزام هو العقد المبرم مع الشركة المذكورة وليس قانون الضريبة وإنتهت الجمعية العمومية إلى أن النزاع قائم بين شركة أجنبية وبين مصلحة الضرائب مما لا تختص به الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع [٤٨] .

وقد أعيد عرض الموضوع على الجمعية العمومية بجلسة ٣٠ من فبراير سنة ١٩٧١ وإنتهت الجمعية إلى تأييد هذه الفتوى [٤٩] .

وفى هذا الصدد ، إذا طرأت واقعة جديدة بعد قرار الجمعية الأول فإنه لا يمكن التمسك بنهائية القرار وإلزاميته لطرفاه فإذا تغيير سبب المنازعة أو موضوعها أو طلبات الطرفين المتنازعين فيها فإن ذلك سبباً لإعادة الجمعية النظر فى قرارها السابق وتنفيذ فى ذلك بحدود الطلبات الجديدة (٥٠) .

كما للجمعية إعادة النظر فى

حالة ما إذا أصدرت قرارها فى المنازعة بالحالة التى هى عليها قبل أن تستوفى بحثها وذلك إذا تأخر أحد طرفى المنازعة فى تقديم مستنداته .

فمثل هذا القرار لا يصبح نهائياً وحاسماً للنزاع لإنه غير قاطع فى عدم أحقية الجهة التى صدر لصالحها القرار المدعى به ومن الجائز أن تجده الجمعية محقاً فيه إذا إستوفت بحثها وإطلعت على جميع مستنداته والقرار المشار إليه على كل حال لم يفصل فى نزاع ولم ينهه فهو ليس قراراً نهائياً وحاسماً للمنازعة بمعنى الكلمة .

ومفاد ما تقدم أن الأصل فى قرارات الجمعية العمومية أنها ملزمة للجانبين ومنهية للنزاع ولم يعط المشرع لجهة ما حق التعقيب على ما تنتهى إليه الجمعية العمومية فى هذا الشأن إلا أن الجمعية قد أعادت النظر فى بعض الأنزعة التى سبق أن فصلت فيها برأى ملزم ، إذ ظهرت وقائع تتصل بالمنازعة لم تكن تحت نظر الجمعية أبان الفصل فيها ، من شأنها أن تغير وجه الرأى فى المنازعة .

أو إذا أرتكب أحد طرفى المنازعة غشاً أو تزويراً ضد خصمه الذى كان يجهل ذلك ، ومن شأن ذلك أن يؤثر فى رأى الجمعية العمومية .

خاتمة

نتناول هنا - أمرين :

الأول - نتائج البحث .

الثانى - نطرح بعض الأفكار والمقترحات . حسن تنظيم العمل بالجمعية العمومية وذلك على التوالى :

الأول : نتائج *البحث* :

من إستقراء مدونات البحث ، نستخلص بعض النتائج وهى تجرى على النحو التالى :

(أولا) بادىء الأمر ، يجدر بنا الإشارة إلى أن الجمعية العمومية قيدت من إختصاصها فى نظر النزاعات بين الجهات العامة - على نحو يبعد عن قصد الشارع . فنص م٦٦/د من قانون مجلس الدولة يدخل فى عمومه - سائر المنازعات بين الجهات العامه - الى تختص بنظرها الجمعية العمومية وإبداء رأى ملزم للجانبين فيها .

وإزاء عموم المادة ٦٦/د المشار إليها فإننا نأمل أن تعيد الجمعية العمومية النظر فى إتجاهها السابق ، والتى أطردت عليه منذ فترة طويلة ، ومؤداه إعتبار المنازعات الى خصها المشرع بإجراءات ذاتية عند الفصل فيها تخرج عن إختصاصها [٥٠] .

(ثانيا) إنه ولئن كانت الجمعية العمومية - ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى لمجلس الدولة ، وبالتالى فإنها لا تعد محكمة إلا أن الجمعية العمومية تفصل فى مسائل ومنازعات مما يختص بنظرها سواء القضاء العادى أو الإدارى ، وبالتالى يمكن أعتبارها محكمة من نوع خاص أسند إليها المشرع ولاية الفصل فى المنازعات وبين الجهات العامة ، ولا تشاركها فى هذا الإختصاص أى جهة قضائية أخرى . وإن ما تصدره من قرارات تعد بمثابة أحكام ، وتستمد هذه الصفة فى كونها ملزمة فهى تنشأ به من هذه الزاوية مع الأحكام القضائية .

(ثالثاً) الأصل فى قرارات الجمعية أنها ملزمة للجانبين ونهيه للنزاع ولم يعط المشرع لجهة ما حق التعقيب على ما تنتهى إليه الجمعية فى هذا الشأن إلا أن الجمعية قد أعادت النظر فى بعض الأنزعة التى سبق أن فصلت فيها برأى ملزم ، إذ ظهرت وقائع تتصل بالمنازعة لم تكن تحت نظر الجمعية أبان الفصل فيها ، من شأنها أن تغير وجه الرأى فى المنازعة ، أو إذا إرتكب أحد طرفى المنازعة غشاً أو تزويراً ضد خصمه ، الذى كان يجهل ذلك ومن شأن ذلك أن يوثر فى رأى الجمعية العمومية .

(رابعاً) أن كثيراً من المنازعات الى تعرض على الجمعية مردها إلى سوء الإدارة ، وعدم الإحاطة بواقع الحال فى المنازعة إذ فى غالب الأحيان تكون الجهة طالبة عرض النزاع - على غير بينة من أمرها ، وقد تعجلت طلب عرض النزاع على الجمعية [٥١] .

(خامساً) أن بعضاً من الجهات العامة تسارع بطلب عرض المنازعة إعتماداً على صفة رئيسها فى تمثيلها ، وإرتكاناً على محاضر إدارية تحررها فى أقسام الشرطة ضد الجهة الأخرى . لا تعدوا أن تكون إثباتاً لما تقرره على لسان موظفيها ، ولا ترجع بعدها إلى الجهة المطلوب إلزامها بتعويضات عن أخطاء تابعيها ، وبذلك فهى تستبق الأمر ، ولا تستوفى ما يجب من حل المنازعة ودياً ، وكثير من هذه المنازعات بين هيئات يختلف الوزراء الذين تتبعهم ويشرفون عليها إدارياً ، ومن الأوفق أن تعرض الأمور عليهم أو على لجان مشتركة قبل اللجوء إلى الدعوى ، ومن أمثلة ذلك ، عديد من المنازعات تعلقت بقيام مرفق الصرف الصحى أو الهيئات المحلية بإصلاح الطرق والحفر فيها لإقامة مشروعات دون الرجوع قبل ذلك إلى الجهات التى تمد بعض متعلقاتها داخل الأرض - كالتليفونات والكهرباء [٥٢] .

(الثانى) أفكار ومقترحات لتطوير وتنظيم العمل بالجمعية العمومية :

بادىء ذى بدء ، أن هذه الأفكار والمقترحات ليست نظرية محضة ، بل هى نتاج إعمال الفكر والنظر فى مراحل سير الخصومة أو المنازعة أمام الجمعية بدأ من إتصالها بالمنازعة إلى الفصل فيها بقرار ملزم ، ومحاولة الإستفادة من بعض الأفكار القانونية فى المساهمة فى تطوير العمل بالجمعية العمومية .

وتجرى هذه الأفكار والمقترحات على النحول التالى:

(اولا) أن يتولى تنظيم عرض المنازعة على الجمعية العمومية ، مكتب فنى يقوم بمهمة تحضير المنازعة - على نحو ما هو مقرر لهيئة مفوضى الدولة - بأن يندب له رئيس من الجمعية العمومية ، وتنظر المنازعة فى جلسات - يخطر بها طرفى المنازعة ، ليبدى كل منهما أوجه دفاعه ودفوعه والمستندات التى تؤيد وجهة نظره .

ووجهة النظر هذه ، سندها ، أن واقع الحال . كشف عن أن الجهات العامة لا ترد إهمالاً ، ولا حيلة للجمعية فى ذلك بل تضطر إلى نظر المنازعة بحالتها ، إذ لا تملك الجمعية فرض غرامة على الجهة التى تتقاعس عن الرد ، على نحو ما

هو مقرر لهيئة المفوضين ، وهى بصدد مباشرة إختصاصها فى تحضير الدعاوى طبقاً للقانون ، كما إنه ولئن كان المبدأ المقرر فى الإثبات فى الدعوى مؤداه نقل عبء الإثبات على الطرف الذى نكل على تقديم الأوراق المتعلقة بالنزاع وتطبيق آثاره (٥٣) فإن إعمال هذا المبدأ على إطلاقه غير سديد ، أو يصعب فى كثير من الحالات الفصل فى المنازعات بعدم تمثيل الجهة المدعى عليها وعدم إبداء دفاعها فيها ، كما إنه فى حالة تطبيق المبدأ سالف الإشارة إليه فإن الجهة الى صدر ضدها قرار الجمعية تطلب إعادة النظر فيه لصدوره فى غيبتها أو بدعوى أنها لم تمثل فى المنازعة ولديها من الأوراق والمستندات قاطعة فى المنازعة وفى تغير وجه الرأى فيها .

(ثانيا) وجرى العمل - فى التقاضى أمام الجمعية - أن يتولى عرض المنازعة على الجمعية العمومية تمثل الجهة المدعية وتوجيه الخصومة إلى من يمثل الجهة المدعى عليها .

ولما كان إختصاص الجمعية بالفصل فى المنازعات بين الجهات العامة بديلاً عن الإختصاص القضائى ، فإن ذلك يستتبع - بالضرورة - وبحكم اللزوم أن تنوب هيئة قضايا الدولة (٥٤) أو الإدارات القانونية (٥٥) عن تلك الجهات بحسب الأحوال وفى هذا الخصوص تطرح المنازعة أمام الجمعية بعريضة طبقاً للقانون وهذا النظر له ما يبرره فى الواقع ، إذ كشفت الممارسة التطبيقية أن بعض الجهات العامة تطلب عرض المنازعة على الجمعية ظنا منها ، بأن صفة فى التقاضى أمامها (٥٦) الأمر الذى يعطل الفصل فى المنازعات ، والسبيل إلى تدارك ذلك هو تولى النائب القانونى عن تلك الجهات طلب عرض المنازعة على الجمعية العمومية على التفصيل السابق . ثالثاً : أن المنازعات التى تفصل فيها الجمعية فى العديد منها محدودة الأهمية (٥٧) .

تتداعى الأفكار فى محاولة وضع حد لتلك المنازعات ، وهى لا تخرج فى مجموعها عن الأفكار الآتية :

١- تشكيل لجان لفض المنازعات بين الجهات العامة :

يقوم هذا الإقتراح على أن تشكل فى كل جهة من الجهات المنصوص عليها فى المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة - لجنة إدارية تمثل فيها الجهة الأخرى المدعى عليها وتختص بالفصل فى المنازعات الى تثور بينهما وذلك كمرحلة أولى فى تصفية المنازعات وفى حالة عدم الإتفاق على إنهاء المنازعة تطرح على الجمعية العمومية للفصل فيها .

٢- فكرة الإختصاص القيمى للمنازعة أمام الجمعية العمومية :

يتجه البعض إلى ما ورد فى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية فى شأن أحكام إختصاص المحاكم المدنية بنظر الدعاوى المدنية والتجارية - فى محاولة صياغة قاعدة مؤداها قصر إختصاص الجمعية العمومية فى شأن نظر المنازعات الى تثور بين الجهات العامة - عن مبلغ معين - وليكن مبلغ خمسمائة جنيه قياساً على ما هو مقرر فى شأن الإختصاص القيمى للمحاكم المدنية .

أما المنازعات التى تقل قيمتها عن المبلغ المشار إليه فتختص لجان الفتوى بنظرها .

٣- فرض رسوم قضائية على المنازعات التى تنظرها الجمعية :

إذا نظرنا إلى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية فى المواد المدنية ، وإلى مرسوم تعريفة الرسوم والإجراءات المتعلقة بها أمام محكمة القضاء الإدارى - نجد إنهما فرضاً رسماً نسبياً على الدعاوى بين الجهات العامة - هو بديل عن الإختصاص القضائى ، ومن ثم فإنه يتعين فرض رسوم قضائية على تلك المنازعات فى الحدود المقررة قانوناً ولا محل لإعفاء تلك المنازعات من الرسوم ، إذ أن الرسوم توجه لا إلى الجهة ، بل تؤول إلى المحاكم ، فهى من مواردها ، كما أنه لا محل للقول بأن الجهات العامة لا تلتزم بأداء رسوم مالية أو بمعنى أخر لا تستحق رسوم على الدعاوى التى ترفعها الحكومة (م٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المشار إليه) إذ أن القانون الأخير ، صدر فى وقت لم يكن يعرف فيه التنظيم الإدارى ما يسمى بالهيئات العامة والمؤسسات العامة .

وكان مفهوم الحكومة الوارد بالنص على الحكومة بالمعنى الغنى (٥٢) أى الوزارات ولم يكن يدور فى خلد المشرع التوسع فى التنظيم الإدارى بإستحداث كيانات منحها الشخصية الإعتبارية أسند إليها إدارة مرفق عام ، مما تقوم به الحكومة أصلاً ، كما أنها تباشر نشاطاً قد يتماثل مع تلك التى تمارسها المشروعات الخاصة . ومن ثم فإنه لا موجب لإعفاء الجهات العامة من السروم القضائية إذ أنها مورد مال للمحاكم ، كما أنها من مقتضيات حسن تنظيم التقاضى أمامها ، وبالتالى يتعين فرض الرسوم القضائية على المنازعات التى تنظرها الجمعية العمومية .

والجدير بالذكر ، أن الأفكار المقترحة تستهدف زيادة فاعلية أداء الجمعية العمومية ، فضلاً عن حسن سير العمل بها ، وتلك الأفكار قد تتطلب تعديلاً تشريعياً فى جانب ، وإجراءات إدارية فى جانب آخر .

وفى الجملة ، فإن الأفكار المتقدمة - ضرورة لا غنى عنها فى هذا الصدد ، ويتعين النظر إليها بعين الإعتبار .

خير المال ما أغناك ، وخير منه ما كفاك ، وخير اخوانك من واسك ، وخير منه من كفاك شره.

« الإمام على رضى الله عنه »

هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش

(١) إمن مجلس الدولة أضحى بما عقد له من الأختصاص بموجب الدستور وصحيح القانون المنفذ له صاحب الولاية العامة بنظر سائر المنازعات الإدارية بحسبانه الطبيعى والموقل وماذا فى هذا النوع من المنازعات وقاضى القانون العام فى هذا الشأن ، ولم يعد إختصاص المجلس على ما كان عليه ذى قبل إختصاصاً محدداً معيناً على سبيل الحصر مقصوراً على طائفة بذاتها من المنازعات الإدارية .

(فى هذا المعنى " الإدارية العليا " طعن رقم ١٤١١/٢٨ ق جلسة ٢٥ من أبريل سنة ١٩٨١ ، س٢٦ ، ص٩٣٨ وما تلاها) .

(٢) حددت المادة (٦٥) من قانون مجلس الدولة الصادرة بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، بالنص على تشكيلها برئاسة نائب رئيس المجلس ، وعضوية نواب رئيس المجلس بقسمى الفتوى والتشريع ومستشارى قسم التشريع ورؤساء إدارات الفتوى ، فالجمعية العمومية بهذا التشكيل تضم كبار أعضاء المجلس العاملين بها ولذا فمن الطبيعى أن يناط بها جسام الأمور .

(٣) يراجع فى هذا المعنى " محمد ميرغنى خيرى . القضاء الإدارى ومجلس الدولة ، الجزء الأول ، مجلس الدولة وقضاء الإلغاء ، ١٩٨٩ ، ص١٨٤ وما تلاها .

(٤) تنص المادة ٦٣ المشار إليها على أن كل وزارة أو مصلحة قبل إستصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات .

(٥) فى هذا المعنى " فتوى ٥١٧ فى ١٩٦٤/٧/١ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثانى والعشرون ص٢٦٢ وما تلاها .

(٦) يراجع فى هذا المعنى ، فتوى الجمعية رقم ٣٠ فى ١٩٦٤/١/١٦ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة . الجزء الثانى والعشرون ص٢٥٨ وما تلاها . وأيضاً د. عبد الفتاح حسن " مجلس الدولة (دراسة تحليلية) الطبعة الأولى ديسمبر ١٩٦١ ص١٠٠ وما تلاها ، حسين درويش شرح قانون مجلس الدولة الموحد الطبعة الأولى ١٩٦١ ص٦٢ وما تلاها .

(٧) وقد تم إلغاء المؤسسات العامة (بالمعنى الدقيق) وحلت محلها ما يسمى بهيئات القطاع العام - فينصرف إليها الحكم الوارد فى النص خاصة أن هذه الهيئات هى أشخاص القانون العام وعلى العكس فلا ينصرف حكم هذه المادة إلى شركات القطاع العام التى تعد من أشخاص القانون الخاص وتخضع المنازعات فيما بينها لنظام تحكيمى خاص .

(٨) فى هذا المعنى ، حكم القضاء الإدارى ، القضية رقم ٤٢ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٠/٤/٢١ المجموعة س١٤ ص٢٩ .

(٩) القضية رقم ١٥ لسنة ١ ق تنازع ، بجلسة ١٩٨١/١/١٧ .

(١٠) تنص المادة ١١٠ مرافعات على أن : " على المحكمة إذا قضت بعدم إختصاصها أن تأمر بإحالة الدعاوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم

الإختصاص متعلقاً بالولاية ، ولا يجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعاوى بنظرها .

(١١) ملف ٣٨٩/٢/٣٢ - جلسة ١٩٧١/١٢/٢٩ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثانى والعشرين ص٣١١ وما تلاها .

(١٢) فى هذا المعنى ، فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ١١٩١/٢/٣٢ز ، جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ .

(١٣) فتوى الجمعية العمومية ، ملف ١٢٤٥/٢/٣٢ - جلسة ١٩٨٤/١٠/١٣ ملف ٣٧١/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٣/٥/٣٠ وطعن رقم ٢٧/٢٨١٩ق جلسة ١٩٨٤/١/٧ .

(١٤) فى هذا المعنى فتوى الجمعية ملف ٤٣٩/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٥/١١/١٢ ملف ٦٤٠/٢/٣٢ جلسة ٧٨/١١/٢٩ ملف ٥٧٣/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٨/٥/٣ .

(١٥) الجمعية العمومية ملف ٤٦٤/٤/٨٦ جلسة ١٩٧٣/٣/٣١ .

(١٦) فتوى رقم ٧٠٦ فى ١٩٨٦/٧/١٥ ، جلسة ١٩٨٦/٦/٢٥ ، ملف رقم ١٣٩٤/٢/٣٢ وقد إنتهت إلى أن مجرد إختلاف فى وجهات النظر حول تفسير نص طلب إبداء الرأى طبقاً للطريق الذى رسمه المشرع فى المادة ٤٧ من قانون مجلس الدولة (ملف ٣٠٤/٢/٣٢ " جلسة ١٩٧١/٩/١٥ .

(١٧) ملف رقم ١١٥٠/٢/٣٢ جلسة ١٩٨٢/١٠/١٧ .

(١٨) حسن بسيونى ، شئون رجال القضاء فقهاً وقضاء وتطبيقاً طبعة نادى القضاء ، طبعة ١٩٩٠ ، ص٨ وما تلاها .

(١٩) د. مصطفى كمال وصفى ، أصول إجراءات القضاء الإدارى ، القسم الأول ، الطبعة الثانية . ١٩٧٢ ص١٧ وما تلاها .

(٢٠) الردارية العليا ، طعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ ق ، جلسة ١٩٧٠/٤/١١ .

(٢١) فى هذا المعنى ، يرجع التقرير المقدم من الأستاذ المستشار / محمد دكرورى للجمعية العمومية فى شأن إختصاصها بنظر المنازعات بين الجهات العامة (ملف ١٩٩١/٢/٣٢) . جلسة ١٩٨٨/١/٢ .

(٢٢) فتوى رقم ٧٣٦ فى ١٩٨٥/٦/١٥ جلسة ٨٥/٦/١٢ ملف رقم ١٩٩٧/٢/٣٢ .

(٢٣) وبالرغم من ذلك ، فقد أبدت الجمعية الرأى فى منازعة حول الضريبة على المبانى وذلك بجلستها المعقودة فى ١٩٧٧/١/١١ .

(٢٤) فتوى رقم ١٠١٤ في ١٩٨٥/١١/١٣ ، بجلسة ١٩٨٥/١١/١٣ ، بجلسة ١٩٨٥/١١/٦ ملف رقم ١٢١٥/٢/٣٢ وإنتهت الجمعية إلى ذات الرأى بفتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٢/١٠/١٧ ملف رقم ١٢٤٥/٢/٣٢ .

(٢٥) فتوى رقم ١٧٥ فى ١٩٨٦/٢/١٢ بجلسة ١٩٨٦/١١/١٥ ملف رقم ١٣٠٣/٢/٣٢ .

(٢٦) فتوى رقم ٢٦٠ في ١٩٨٦/٤/٧ ، بجلسة ١٩٨٦/٣/١٩ ملف رقم ١٤٠٥/٢/٣٢ . وقياساً على ما إنتهت إليه الجمعية فى هذا الخصوص إرتأت عدم إختصاصها بنظر النزاع المتعلق بتحديد القيمة الإيجارية لعقار بغض النظر - عن أطرافه ، تأسيساً على أن قانون تنظم العلاقة بين المالك والمستأجر له ذاتيته وأوضاعه الخاصة .

(٢٧) فتوى رقم ٧٢ بتاريخ ١٩٨٣/٣/٢١ ، ملف رقم ٩٦٧/٢/٣٢ .

(٢٨) ملف ٩٦٧/٢/٣٢ وجلسة ١٩٨٣/٥/٤ - وبذات المعنى ملف ٨٣٧/٢/٣٢ جلسة ١٩٨٣/١/١ منشوران بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثانى والعشرون ص٢٨٨ .

(٢٩) ملف ٦٢٦/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٩/١/١٠ وملف ١٩٨٨/٢/١٢ جلسة ١٩٨٤/١٠/٣١ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة ص٢٩١ وص٣١٣ .

(٣٠) ملف ٦٧٩/٢/٣٢ ، جلسة ١٩٧٩/٣/٧ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثانى والعشرون ص٢٥٨ .

(٣١) ملف ٣٧٠/٢/٣٣ - جلسة ١٩٧٣/٥/١٦ .

(٣٢) فتوى ٣٠ فى ١٩٦٤/٢/١٦ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثانى والعشرون ص٢٥٨ .

(٣٣) يراجع تقرير الأستاذ المستشار محمد دكرورى المشار إليه ص٦ وما تلاها .

(٣٤) الإدارية العليا ، الطعن رقم ٧/١٠٦٢ ق ، جلسة ١٩٦٨/٣/٢ وطعن رقم ٧٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٨ منشوران بالموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الرابع عشر ص٢٧ وما تلاها .

(٣٥) فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ٢٦٤/٢/٣٧ جلسة ٨٦/١/١٥ .

(٣٦) الإدارية العليا ، طعن رقم ٢٠/١٠٢٣ ق جلسة ١٩٨١/٢/٨ س٢٢ ص١٠٥ وما تلاها .

(٣٧) أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، الجزء الأول الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ص٦٦ وما تلاها .

(٣٨) د. سليمان الطماوى ، دروس فى القضاء الإدارى ، دراسة مقارنة ١٩٧٦ ص١٥٥ وما تلاها وأيضاً حمدى ياسين عكاشة إجراءات الدعوى الإدارية الكتاب الأول " الطبعة الأولى ص٦١ " الإدارية العليا طعن ٢٧/٦٩١ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٦ .

(٣٩) فتوى ٣٠ فى ١٩٦٤/١/١٦ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثانى والعشرون ص٢٥٨ .

(٤٠) فتوى رقم ١٠٤١ فى ١٩٨٤/١١/١ جلسة ١٩٨٤/١٠/١٧ ملف رقم ١٢٣٩/٢/٣٢ .

(٤١) فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ٢٦٤/٢/٣٧ ، جلسة ١٩٨٦/١/١٥ .

(٤٢) فى هذا المعنى ، الردارية العليا ، الطعن رقم ١/١١٨٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٠ وطعن رقم ١٢/٤١٤ ق جلسة ٧٣/١٢/٢٢ ورقم ٢٧/٥٩٩ ق. جلسة ١٩٨٤/٥/٨ .

(٤٣) فتوى ملف رقم ١٨٨٠/٢/٣٢ ، جلسة ١٩٩٠/١٠/١٧ وفتوى ملف رقم ٢٠٢٨/٢/٣٢ ، جلسة ١٩٩٠/١٢/٥ .

(٤٤) فتوى ملف رقم ١٩٠٨/٢/٣٧ جلسة ١٩٩٠/١٠/١٢ وفى هذا المعنى أيضاً فتوى ملف رقم ١٩٢١/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١٠/١٧ .

(٤٥) فتوى رقم ٣٩٨ فى ١٩٨٢/٣/٢٨ ملف رقم ٩٠٧/٢/٣٢ س٣٦ ص١١٧ وما تلاهـا ، وأيضاً فتوى الجمعية ملف رقم ١٦٩٠/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١١/٢١ .

(٤٦) فى هذا المعنى ، فتوى الجمعية ، ملف ٦٢٦/٢/٢٢ ، جلسة ١٩٧١/١/١٠ وفتوى ١٧٢/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ منشورتان بالموسوعة الإدارية الحديثة ، س٢٢ ، ص٣٩٣ وما تلاهـا .

(٤٧) فتوى الجمعية رقم ٣٨٩/٢/٣٢ - جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ .

(٤٨) فتوى رقم ٢٦٥ فى ١٩٨٥/٣/٦ جلسة ١٩٨٥/٢/٢٠ ملف رقم ٣٤/١/٧ .

(٤٩) فى هذا المعنى " الردارية العليـا " الطعون رقم ٢٠/٤٤٨ بجلسة ١٩٧٢/١١/٢٦ ، س٢٣ ، ص١٠ .

(٥٠) فتوى الجمعية ، ملف ٧٤٩/١/١٣ - جلسة ١٩٩٠/١١/١١ ، وفى هذا المعنى أيضاً فتوى الجمعية العمومية ملف ٤٢٣/٦/٨٦ جلسة ١٩٩١/٣/٦ .

(٥١) فتوى رقم ٤٠١ فى ١٩٨٥/٤/٧ جلسة ١٩٨٥/٤/٣ ملف رقم ١٠١٥/٤/٨٦ .

(٥٢) فتوى الجمعية العمومية ملف رقم ٢٢٦/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٠/١٠/٢١ .

(٥٣) فتوى ١٤٥ بتاريخ ١٩٧١/٢/٢٢ .

(٥٤) فى هذا المعنى ، أحمد نشأت ورسالة الإثبات فى التعهدات الجزء الثانى ١٩٥٥ ص ٢٠٠ .

(٥٥) يراجع ، على سبيل المثال ، فتوى الجمعية ، ملف ١٩٧٨/٢/٣٢ جلسة ١٩٨١/٦/٢١ وفتوى ملف ١٨٩١/٢/٣٢ جلسة ١٩٨٩/١٢/٦ وفتوى الجمعية رقم ١٨٨٠/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١٠/١٧ .

(٥٦) ونشير هنا لبعض الحالات - التى أثيرت - خلال العام القضائى ٩١/٩٠ - وهى :

(أ) بتاريخ ١٩٩١/١٢/١٤ ورد للجمعية كتاب مدير منطقة هيئة الأوقاف المصرية - منطقة أسيوط رقم ١١٩ فى شأن إلزام مديرية الشئون الصحية بسداد قيمة المساحة التى أغتصبها من أرض الأوقاف (١١ قيراط) بسعر إجمالى ٦٩٣٠ جنيه ، كما ورد كتاب من ذات الجهة فى شأن إلزام مديرية التربية والتعليم بأسيوط بسداد مبلغ ٥١٢٠٠ جنيه قيمة الأرض التى أغتصبها من هيئة الأوقاف المصرية .

(ب) بتاريخ ١٩٩١/٣/٢٠ ورد للجمعية كتاب رئيس قطاع الشئون المالية والإدارية بالهيئة العامة للإصلاح الزراعى بشأن النزاع بينها وبين وزارة الزراعة حول كيفية سداد القرض الخاص بمشروع تربية وتسمين العجول المشترك بين وزارة الزراعة ووزارة الحكم المحلى .

ولم يقتصر الأمر على التقاضى أمام الجمعية ، بل أمتد إلى طلب ابداء الرأى ونسوق هنا بعض الأمثلة .

بتاريخ ١٩٩١/٣/١١ ورد للجمعية كتاب رئيس القطاع الإدارى بشركة النصر للفوسفات رقم ٤٢٧ فى شأن طلب ابداء الرأى حول احتساب المقابل النقدى وإضافة بدل الإقامة للعاملين بشركة النصر للفوسفات التابعة لوزارة الصناعة ... وورد للجمعية كتاب رئيس مجلس إدارة شركة مضارب دمياط وبلقاس بشأن مدى جواز منح رئيس مجلس الإدارة وعلاوة تشجيعية للعامل الذى يحصل أثناء خدمته على مؤهل أعلى يتفق مع طبيعة عمله لشركة مع قيامه بواجبات وظيفته أو على درجة علمية أعلى من مستوى الدرجة الجامعية الأولى وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء .

وقد ردت الجمعية على تلك الجهات بأعمال حكم المادة ٦٦ - القانون رقم ١٩٧٢/٤٧ مع توجيه النظر إلى مطالبة إدارة الفتوى المختصة بالنسبة لطلب إبداء الرأى .

بواجبات وظيفته أو على درجة علمية أعلى من مستوى الدرجة الجامعية الأولى وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء .

وقد ردت الجمعية على تلك الجهات بأعمال حكم المادة ٦٦ - القانون رقم ١٩٧٢/٤٧ مع توجيه النظر إلى مطابة إدارة الفتوى المختصة بالنسبة لطلب إبداء الرأى .

(٥٧) على سبيل المثال :

(أ) أن الجمعية العمومية منازعة بين الهيئة العامة لميناء السد العالى والهيئة العامة للسكك الحديدية مدارها طلب الهيئة الأولى إلزام الثانية بسداد مبلغ ٧٫٩٩٨ قيمة إصلاح تلفيات نتجت عن زئر إصطدام سيارة نقل جيزة تابعة للهيئة العامة للسكك الحديدية ببوابة مشروع الكهرباء بطلخا التابع للهيئة العامة لميناء السد العالى وإنتهت الجمعية إلى الهيئة الأولى (السكك الحديدية) بأداء المبلغ المطالب به كتعويض (ملف ٤٧٣/٢/٣٢ جلسة ٧٦/١٠/٧) .

(ب) ونظرت الجمعية منازعة بين رئاسة الجمهورية ووزارة الدفاع طلبت فيها الأولى إلزام الثانية (وزارة الدفاع) بسداد مبلغ ٤٣ر٧٦٩ جنيه قيمة التكاليف التى تكبدها رئاسة الجمهورية فى إصلاح التلفيات التي لحقت بسيارتها رقم ١٢٧ رئاسة ، خلال فترة إستعارة الحرس الجمهورى لها بمعرفة أحد سائقيه وإنتهت الجمعية إلى إلزام وزارة الدفاع بأداء المبلغ المطالب به كتعويض .

(ملف ١٩٩٧/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١٢/١٩) .

وتلك نماذج أو أمثلة ، وهى قليل من كثير فى هذا الصدد .

(٥٨) فى هذا المعنى ، الإدارة العليا ، طعن رقم ١٤٩٠/١٤ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٣٠ ، س١٩، ٨١ .

(٥٩) تمثل هيئة قضايا الدولة - طبقاً للقانون رقم ٧٥ لسنة ٦٣ فى شأن تنظيم هيئة الدولة وتعديلاته - الجهات الإدارية فيما يرفع منها أو عليها من قضايا وطعون ، وتلك الجهات الدولة ووزارتها ومصالحها ووحدات الحكم المحلى .

(٦٠) ناط القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء الإدارات القانونية بالهيئات والمؤسسات العامة بالإدارات القانونية حق مباشرة الدعاوى التى ترفع من هذه الجهات أو عليها (م١) ، وهذا القانون لم يحجب إختصاص هيئة قضايا الدولة مباشرة مثل هذه الدعاوى عن تلك الجهات إذا ما قرر مجلس إدارة الهيئة أو المؤسسة ذلك بناء على إقتراح الإدارة القانونية بها (م٣ من القانون) وفى هذا المعنى الإدارية العليا الطعنين ٦٧٥/٧٩٧ (٢٢) ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٧ ، س٢٣ ، ص١٥ .

(٦١) وغنى عن البيان ، أن المشرع قد يستند منازعة مما تختص به الجمعية العمومية إلى جهة قضائية أخرى ، وذلك المسلك من جانب المشرع ليس بدعة فعلى الرغم من أن مجلس الدولة هو صاحب الولاية والقاضى الطبيعى فى شأن المنازعات الإدارية فإن المشرع أسند الفصل فى بعض المنازعات الإدارية إلى جهات قضائية أخرى على سبيل الإستثناء والقدر وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام - مثال ذلك إختصاص المحكمة الإبتدائية بنظر المنازعة رقم مالها من طبيعة إدارية مما كان يدخلها فى إختصاص مجلس الدولة (فى هذا المعنى الإدارية العليا ، طعن رقم ٢٨/٥٧ ق جلسة ٦ من إبريل ١٩٨٥ .

(٦٢) يراجع فى هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ٢٨٨/١/٥٤ ، جلسة ١٩٩١/٤/٣ .

(٦٣) أطرد إفتاء الجمعية العمومية - عم التوسع فى مدلول الحكومة فذهب إلى

أن الهيئات العامة كيان إدارى يتمتع بالشخصية الإعتبارية ينشـأ لإدارة مرفـق عام مما يقوم على مصلحة أو خدمـة عامة ، ومن ثم فإنها تدخل فى عموم لفظ الحكومة المنصوص عليها بالمادة ٥٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ . المشار إليـه ويتحقق فى شأنها لذلك تبعاً لذلك مناط الإعفـاء المنصوص عليه بتلك المادة إذ أنـه من غير المقبول أن يدفع الشخص العام رسوماً ليس لها إسـتغلال مالى عنه حيث لا يعنى ذلك أكثر من إضافة مبالغ فى باب إيرادات وإستنزالها من باب المصروفات في ميزانية واحـدة (ملف ٢٢١/٢/٣٧ ، جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٤ ملف ٤٠٧/٢/٣٢ جلسة ١٩٨١/١١/٤ .

أحكام المخدرات فى الشريعة الإسلامية

للسيد الأستاذ
عبد الفتــاح ورد
رئيس محكمة الأسكندرية

تمهيد :

إن الشريعة الإسلامية شريعة دينية مصادرها وأحكامها من لدن عزيز حكيم وأحكامها تنظم أمور الدنيا والدين والمشرع فيها هو الله ، وسلطان تلك الأحكام ربانية يسمو فوق سلطان إرادة الأفراد والذى يتقيد بالقيود الدينية الموضوعية وأساسها القرآن والسنة وما تفرع عنهما من مصادر للأحكام الشرعية .

تقوم فلسفة التشريع الإسلامى عل فكرة المصلحة المصلحة وتحقيق مقاصد المشرع الإسلامى تحقيقاً لمصالح الدنيا والدين ولقد راعى الشارع الإسلامى فى جميع التكاليف الشرعية رعاية أمور خمس أطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية الضرورات الخمس وهى حفظ الدين والعقل والنسل والمال وبجانب هذه الضرورات تقوم التحسينات لتتم بها مكارم الأخلاق [١] .

وعلى ذلك فإن مقاصد الأحكام الشرعية هو ضرورة المحافظة على الضروريات الخمس ، مما يفهم معه أنها هى الحقوق العامة المتعلق بها إرتفاق المجتمع والتى تحقق إستقرار المجتمع فى أمنه وأمانه ولا يجوز للفرد فيها التنازل برضائه وسلطته المنفردة إلى المساس بأحد تلك الضروريات وإلا نال عقابه ومن تلك الضروريات المحافظة على النفس والعقل من تأثير ومضار المواد المخدرة على العقل والجسد البشرى وقد كانت الشريعة الإسلامية فى هذا المجال سباقة إلى تجريم ما يمس الصحة النفسية والبدنية فى كافة صورها عن الأنظمة الوضعية الحديثة .

والأساس الذى تستند إليه القاعدة السابقة هو التقسيم الشرعى للحقوق إلى ثلاث مجموعات :

أولاً : حقوق لله تعالى :

ثانياً : حقوق لله وبها حق العبد .

ثالثاً : حقوق للعبد وبها حق الله .

والضروريات الخمسة آنفة الذكر إنما هى تتعلق بالنوع الأول من أنها حقوق لله تعالى فلا يجوز المساس بها وإتيان ما يمسها من أفعال وإبرازها تعاطى المخدرات لما تخلفه من مضار على ضرورة حفظ النفس والعقل والمتعلقة بحق الله تعالى .

وإذا كان من المحرم أن يمس الفرد ضرورة حفظ العقل والنفس فإنه من المحرم على غيره أن يشترك معه فى تلك الجريمة [٢].

ومن هنا كان تجريم كل ما يتصل بالمساس بضرورة حفظ النفس والعقل لمن يقوم بتعاطيها أو من يسهل له ذلك فى كافة صور التسهيل كالجلب أو

الإتجـــار أو الزراعـــة أو التقديم للتعاطى وإعداد مكان لذلك [٣] .

وقد ورد فى الحديث الشريف عن أبى داود رضى الله عنه : (نهى رسول ﷺ عن كل مسكر ومفتر) [٤] ، والمفتر هو كل ما يورث الفتور لدى الإنسان .

ويحد مرتكب تناول المخدرات ومن يتصل بها بأى وجه ، وعقوبته كالسكران وقد روى عن أبى سعيد الخدرى وعن على أن النبى ﷺ ضرب فى الخمر أربعين فلما جاء زمن عمر رضى الله عنه تحير الناس فإستشار أصحابه فى حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب إلى خالد وأبى عبيده بالشام بذلك [٥]

كما روى أن عليا رضى الله تعالى عنه قال : فى المشورة نرى أن نجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكر هذى وإذا هذى إفترى وعلى المفترى ثمانون [٦]

ومن هنا يبين لنا فساد الرأى القائل بأن القرآن الكريم والسنة لم ينصا صراحة إلا على تحريم الخمر والميسر ولم يتعرض التحريم المخدرات بيد أن كما قال المحقق الإسلامى (إبن القيم) أن الشريعة الإسلامية مبناها وأساسها فى الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد وهى عدل كلها ورحمة ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة فإذا أمرت بشىء فإنما تأمر به لما فيه من المصلحة الراجحة وإذا نهيت عنه فإنما تنهى عنه لما به من المفسدة الراجحة فعلى المسلم حينئذ أن يتبع قواعد دينه فيكون حكيماً فى دعوته إلى الله وفى أمره بالمعروف ونهيه عن المنكر [٧] .

وقد أصدر الأزهر الشريف عام ١٩٤٠ حول حكم الشرع فى تعاطى المخدرات والإتجار فيها وفى مضمون أن تعاطى هذه المواد حرام لإنها تؤدى إلى مضار ومفاسد كثيرة فهى تفسد العقل وتفتك بالبدن إلى غير ذلك من المضار والمفاسد فلا يمكن أن تأذن الشريعة فى تعاطيها مع تحريمها لما هو أقل منها مفسدة وأخف ضرراً ولذلك قال بعض علماء الحنفية أن من قال بحل الحشيشة زنديق مبتدع وهذا منه دلالة على ظهور حرمتها ووضوحها وأنه لما كان الكثير من هذه المواد يخامر العقل ويغطيه ويحدث من الطرب واللذة عند متناوليها ما يدعوهم إلى تعاطيها والمداومة عليها كانت داخلة فيما حرمه الله تعالى فى كتابه العزيز وعلى لسان رسوله ﷺ من الخمر والمسكر .

وقال شيخ الإسلام إبن تيمية فى مؤلفه السياسة الشرعية إن الحشيشة حرام يحد متناولها كما يحد شارب الخمر وهى أخبث من الخمر من جهة إنها تفسد العقل والمزاج حتى يصير فى الرجل تخنث - وغير ذلك من الفساد وأنها قصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهى داخلة فيما حرمه الله ورسوله من الخمر والمسكر لفظاً أو معنى [٨] .

وعلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية لا تبنى إلا على جلب المصالح الخالصة أو المراجعة وعلى درء المفاسد والمضار وكيف يحرم الله سبحانه وتعالى

العليم الحكيم الخمر من العنب مثلاً كثيرها وقليلها لما فيها من المفسدة ولأن قليلها داع إلى كثيرها وفروجه إليه ويبيح من المخدرات ما فيه من هذه المفسدة ويزيد عليها بما هو أعظم منها وأكثر ضرراً بالبدن والعقل والدين والخلق والمزاج ومن ثم فتعاطى المخدرات عن أى وجه من وجوه التعاطى من أكل أو شرب أو حقن حرام والأمر فى ذلك ظاهراً جلياً .

وتضيف الفتوى سالفة الذكر [٩] إن التحريم ينسحب على الإتجار بالمخدرات ذلك لأن ما حرم الله الإنتفاع به يحرم بيعه وأكل ثمنه وزراعته وصناعته قياساً بطريق دلالة النص على تحريم حبس العنب أيام القطاف حتى يتخذ خمراً .

تقسيم :

وسوف نتناول الأحكام الشرعية للمخدرات فى الشريعة الإسلامية - بالإيجاز - الذى يقتضيه هذا المؤلف المخصص أصلاً للدراسة القانونية ، وذلك فى مبحثين : -

المبحث الأول : الحكم الشرعى لتعاطى المخدرات فى الشريعة الإسلامية وأحكامها الإجرائية.

المبحث الثانى : الحكم الشرعى لإنتاج وزراعة وتجارة وتهريب المخدرات والتعامل فيها وأعداد مجالس لتعاطيها.

المبحث الاول

الحكم الشرعى لتعاطى المخدرات فى الشريعة الإسلامية واحكامها الإجرائية

الجواهر المخدرة حرام شرعاً

المبادىء الشرعية [١٠] .

اولاً : جمهور فقهاء المذهب الإسلامية متفق على حرمة الحشيش ونحوه .

ثانياً : جرائم تعاطى المخدرات داخلة فى باب التعازير الشرعية .

ثالثاً : للسلطة المنوط بها التشريع تحديد العقوبة التى تراها رادعة .

رابعاً : نصاب الشهادة على هذه الجرائم هو نصاب الحقوق .

خامساً : الشروط الواجب توافرها فى الشاهد واحدة ، سواء كانت الشهادة فى جرائم الحدود والقصاص أو فى جرائم التعازير .

سئل :

بالطلب المقيد برقم ٤١٣ سنة ١٩٨١ - المطلوب به رأى الشريعة الإسلامية فيما إذا كانت الجواهر المخدرة تأخذ حكم الحدود أو التعازير وما نصاب الشهادة والشروط الواجب توافرها فى الشاهد بالنسبة لهذا الموضوع ؟

اجاب :

إن الجواهر المخدرة (الحشيش وأمثاله) يحرم تناولها بإعتبارها تفتر وتخدر ، وتضر بالعقل وغيره من أعضاء الجسد الإنسانى ، فحرمتها ليست لذاتها وإنما لآثارها وضررها .

وقد أتفق جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة الحشيش ونحوه والأصل فى هذا التحريم ما رواه أحمد فى مسنده وأبو داود فى سننه بسند صحيح عن أم سلمة رضى الله عنها قالت : (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتر) وذلك لثبوت ضرر كل ذلك فى البدن والعقل ، كما أتفق الجمهور على أن من أكل شيئاً من هذه المواد أو إستعلمه لغير

التداوى النافع طبياً لا يحد حد شرب الخمر ، وإنما يعزز متعاطيها بالعقاب الزاجر له ولأمثاله ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى إنه إذا وصل الحشيش المذاب إلى حد الشدة المطربة ، وجب توقيع حد الخمر على من تعاطاه بهذه الصفة كشارب الخمر ، كما ذهب إبن تيمية وتبعه إبن القيم من فقهاء مذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى إقامة الحد على متعاطى هذه المخدرات كشارب الخمر ، بإعتبار أنها أشد خبثاً وضرراً من الخمر ، وإستحسن الشيعة الإمامية القول بإلحاق المخدرات بالمسكرات فى وجوب الحد ثمانين جلدة وأفتى بعض مذهب الإمام أبى حنيفة بالحد أيضاً .

ومما تقدم يتضح أن هذا الخلاف قد ثار فيما إذا كانت المخدرات تعتبر بذاتها خمراً يقام الحد على متعاطيها مطلقاً ، أم إنها تعتبر من قبيل الخمر علة ، بإعتبار أنها تشبط العقل وتورث الضرر به وبالجسد ، شأنها فى ذلك شأن الخمر أو أشد .

ولما كانت الحدود مسماة من الشارع والعقوبات عليها مقدرة كذلك إما بنص فى القرآن الكريم ، أو بقول أو فعل من الرسول ﷺ، كان إيثار القول بدخول تعاطى المخدرات فى التعازير هو الأولى والأحوط فى العقوبة ، بإعتبار أن الخمر تطلق على الأشربة المسكرة ، وإذا دخل تعاطى المخدرات ضمن المنكرات التى يعاقب عليها بالتعزير كان للسلطة المنوط بها التشريع تقنين ما نراه من عقوبات على الإتجار فيها أو تعاطيها تعزيزاً ، ومن العقوبات المشروعة عقوبة الجلد بإعتبارها أجدى فى الردع والزجـــر.

أما عن نصاب الشهادة والشروط الواجب توافرها فى الشاهد على جريمة تعاطى المخدرات ، فإن جرائم التعازير تثبت بما تثبت به الحقوق ، أى بشهادة رجلين أو رجل وإمرأتين ، وبالشهادة على الشهادة وبالقرائن القاطعة لا تثبت بالشهرة السائدة أو بالشائعات ، ولا تقبل شهادة رجل واحد ولا أى من النسوة مفردات دون رجل معهن فى إثبات هذه الجرائم .

أما عن الشروط الواجب توافرها فى الشاهد فواحدة ، سواء كانت الشهادة فى جرائم الحدود والقصاص ، أو فى جرائم التعازير ، وهى بإجمال : الذكورة فى الحدود ، بمعنى إنه لا تقبل فيهما إلا شهادة الرجال ، وبعد هذا يشترط أن يكون الشاهد أو الشاهدة - فيما تجوز فيه شهادة النساء - بالغاً ، عاقلاً - قادراً على حفظ وفهم ما وقع بصره عليه أو سمعه مما يشهد به ، مأموناً على ما يقوله ، لا تلحقه غفلة أو نسيان ، وأن يكون ناطقاً متكلماً ، فلا تقبل شهادة الأخرس فى قول فقهاء المذهب الحنفى ومذهب أحمد وقول فى فقه الإمام الشافعى ، وتقبل الإشارة المفهومة من الأخرس وتعتبر شهادة فى فقه الإمام مالك وقول فى مذهب الإمام الشافعى والزيدية ، وإختلف الفقهاء كذلك فيما تجوز فيه شهادة الأعمى ، وأن إتفقت كلمتهم على عدم قبول شهادته فيما يفتقر إلى الرؤية والمعاينة.

ويشترط فى الشاهد العدالة بإتفاق وإن إختلف الفقهاء فى مداها وضوابطها بتفصيلات

أوضحها الفقهاء فى كتبهم ، وإن كان الإمام أبو حنيفة وفقهاء المذهب الظاهرى يرون أن العدالة مفترضة فى الشاهد حتى يثبت جرحه بمعنى إنه إذا لم يوجه إلى الشاهد طعن يمس عدالته قبلت شهادته .

ويشترط فى الشاهد الإسلام بإتفاق ، ثم أختلف الفقهاء فى قبول شهادة غير المسلم على مثله أو على المسلم فى السفر وغيره ، وعند الضرورة وعدمها ، ويشترط ألا يقوم بالشاهد مانع من موانع قبول شهادته ، وهذه الموانع هى القرابة على خلاف فى مداها ودرجة القرآن المانعة والعداوة إذ أن جمهور الفقهاء لا يقبلون شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة بين الشاهد والمشهود عليه فى أمر من أمور الدنيا ، أما العداوة فى أمور الدين بسبب إختلافهما ديناً أو الفسق فلا يمنع من قبول الشهادة .

وهناك تفصيلات للفقهاء وإستدلالات يرجع إليها فى مواقعها .

والتهمة مانع من موانع قبول شهادة الشاهد ، وهى أن يكون بين الشاهد والمشهود له ما يبعث على الظن بالمحاباة فى الشهادة ، أو أن يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من أداء الشهادة ، ولم يتفق الفقهاء أو يحصروا المواضع الى ترد فيها الشهادة للتهمة ، وقد جرى فقه الأئمة أبى حنيفة ومالك والشافعى وأحمد والزيدية على رد الشهادة للتهمة ، وإختلفوا فى التطبيق على النحو المبين فى كتب فقه هذه المذاهب ، أما الظاهرية فقد جروا على قاعدتهم فى قبول الشهادة مادام الشاهد عدلاً .

لما كان ذلك ، وإتباعاً لرأى جمهور الفقهاء كانت جرائم تعاطى المخدرات أو حيازتها داخلة فى باب التعازير الشرعية ، وكان للسلطة المنوط بها التشريع تحديد العقوبة التى تراها رادعة ، وكان نصاب الشهادة على هذه الجرائم هو نصاب الحقوق ، أى تثبت بشهادة رجلين أو رجل وإمرأتين وكانت الشروط الواجب توافرها فى الشاهد بوجه عام هى ما تقدم بيانه ، والله سبحانه وتعالى أعلم (١١) .

المبحث الثانى

الحكم الشرعي لإنتاج وزراعة وتجارة وترويج المخدرات والتعامل فيها وإعداد مجالس لتعاطيها

المخدرات محرمة شرعاً

المبادىء الشرعية (١٢) :

أولاً : أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على تحريم إنتاج المخدرات وزراعتها وتجارتها وترويجها وتعاطيها طبيعة أو مخلقة وعلى تجريم من يقدم على ذلك (١٣)

ثانياً : لا ثواب ولا مثوبة لما ينفق من ربحها .

ثالثاً : الكسب الحرام مردود على صاحبه يعذب به فى الآخرة وساءت مصيراً .

رابعاً : لا يحل التداوى بالمحرمات إلا عند تعينها دواء وعدم وجود مباح سواها وبقدر الضرورة حتى يزول هذا الإدمان وبإشراف الأطباء المتقنين لمهنتهم .

خامساً : المجالس التى تعد لتعاطى المخدرات مجالس فسق وإثم والجلوس فيها محرم على كل ذى مروءة .

سادساً: على الكافة ارشاد الشرطة المختصة بمكافحة تجارة هذه السموم القاتلة على أوكارها .

سابعاً: هذا الإرشاد هو ما سماه الرسول الأكرم بالنصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .

سئل :

بكتاب الإدارة العامة لمكافحة المخدرات بوزارة الداخلية بالقاهرة المحرر فى ١٩٧٩/٢/٥ المطلوب به بيان الحكم الشرعى فى المسائل الآتية :

١- تعاطى المخدرات .

٢- إنتاج المخدرات وزراعتها وتهريبها والإتجار فيها والتعامل فيها على أى وجه كان .

٣- من يؤدى الصلاة وهو تحت تأثير المخدر .

٤- الربح الناتج عن التعامل فى المواد المخدرة .

٥- التصدق بالأموال الناتجة عن التعامل فى المواد المخدرة .

٦- تعاطى المخدرات للعلاج .

٧- التواجد فى مكان معد لتعاطى المخدرات وكان يجرى فيها تعاطيها .

أجاب :

إن الشريعة الإسلامية جاءت رحمة للناس ، إتجهت فى أحكامها إلى إقامة مجتمع فاضل تسوده المحبة والمودة والعدالة والمثل العليا فى الأخلاق والتعامل بين أفراد المجتمع ، ومن أجل هذا كانت غايتها الأولى تهذيب الفرد وتربيته ليكون مصدر خير للجماعة ، فشرعت العبادات سعياً إلى تحقيق هذه الغاية وإلى توثيق العلاقات الإجتماعية ، كل ذلك لصالح الأمة وخير المجموع ، والمصلحة التى إبتغاها الإسلام وتضافرت عليها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تهدف إلى المحافظة على أمور خمسة يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية الضرورات الخمس : وهى الدين والنفس والمال والعقل والنسل . إذ الدين والتدين خاصة من خواص الإنسان ، ولابد أن يسلم الدين من كل إعتداء ، ومن أجل هذا نهى الإسلام عن أن يفتن الناس فى دينهم ، وإعتبر الفتنة فى الدين أشد من القتل قال الله سبحانه [١٤] (والفتنة أشد من القتل) ومن أجل المحافظة على التدين وحماية الدين فى نفس الإنسان وتحصينها شرعت العبادات كلها ، والمحافظة على النفس تقضى حمايتها من كل إعتداء بالقتل أو بتر الأطراف أو الجروح الجسمية ، والحفاظ عليها من إهدار كرامتها بالإمتهان كالقذف وغير هذا مما يمس كرامة الإنسان وصون ذاته عما يؤدى بها من المهلكات سواء من قبل ذات الفرد كتعويض نفسه للدمار بالمهلكات المادية والمعنوية أو من قبل الغير بالتعدى ، والمحافظة كذلك على العقل من الضروريات التى حرص الإسلام على تأكيدها فى تشريعه ، وحفظ العقل من أن تناله آفة تجعل فاقده مصدر شر وأذى للناس وعبئاً على المجتمع ، ومن أجل هذا حرم الإسلام وعاقب من يشرب الخمور وغيرها مما يتلف العقل ويخرج الإنسان عن إنسانيته ، وكما قال الإمام الغزالى (١٥) (إن

جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الحق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم لكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو ملحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة) .

ولقد حرص الإسلام على حماية نفس الإنسان وقدمها على أداء الصلاة المكتوبة فى وقتها ، بل وعلى صوم يوم رمضان ، ومن أمثلة هذا ما أورده العز بن عبد السلام تقرير التقديم واجب على واجب لتفاوت المصلحة فيهما قوله [16] (تقديم انقاذ الغرقى على أداء الصلوات ثابت ، لأن انقاذ الغرقى المعصومين عند الله أفضل ، والجمع بين المصلحتين ممكن ، بأن ينقذ الغريق ثم يقضى ، ومعلوم أن ما فاته من أداء الصلاة لا يقارب انقاذ نفس مسلمة من الهلاك ، وكذلك لو رأى فى رمضان غريقاً لا يمكن تخليصه إلا بالفطر فإنه يفطر وينقذه ، وهذا أيضاً من باب الجمع بين المصالح ، لأن فى النفوس حقاً لله وحقاً لصاحب النفس ، فقدم ذلك على أداء الصوم دون أصله أى دون أصل الصيام لأنه يمكن القضاء) .

وإذا كان من الضروريات التى حرص الإسلام على المحافظة عليها حفظ النفس وحفظ العقل ، فإنه فى سبيل هذا حرم الموبقات والمهلكات المذهبات للعقل والمفسدات له ، فإن أحداً من الناس لا يشك فى أن سعادة الإنسان وفضله رهينة بحفظ عقله ، لأن العقل كالروح من الجسد ، به يعرف الخير من الشر والضار من النافع . وبه رفع الله الإنسان وفضله وكرمه على كثير من خلقه وجعله به مسئولاً عن عمله . ولما كان العقل بهذه المثابة فقد حرم الله كل ما يوبقه أو يذهبه حرمة قطعية ، ومن أجل هذا جرم تعاطى ما يودى بالنفس وبالعقل من مطعوم أو مشروب ، ومن هذا القبيل ما جاء فى شأن أم الخبائث « الخمر » فقد ثبتت حرمتها بالكتاب والسنة والإجماع ، ففى القرآن الكريم قوله تعالى [17] : **(يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العدواة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون)** . أفادت هاتان الآيتان أن الخمر صنو للشرك بالله . وأنها رجس ، والرجس لم يستعمل فى القرآن إلا عنواناً على ما اشتد قبحه وأنها من عمل الشيطان – وهذا كناية عن بلوغها غاية القبح ونهاية الشر ، وأمرنا باجتنابها بمعنى البعد عنها ، بحيث لا يقربها المسلم فضلاً عن أن يلمسها أو يتصل بها بل فضلاً عن أن يتناولها . وسجلت الآية الأخيرة آثار الخمر السيئة فى علاقة الناس بعضهم مع بعض ، اذ يؤدى إلى قطع الصلات وإلى إنتهاك الحرمات وسفك الدماء ، وبعد هذا الضرر الإجتماعى الضرر الروحى إذ تنقطع بها صلة الإنسان الخاشعة ، مما يورث قسوة فى القلب ودنساً فى

النفس ، وجرت سنة الرسول ﷺ كذلك مبينة هذا التحريم ، من هذا قوله [١٨] : (كل مسكر خمر وكل خمر حرام) .

أولاً : الحكم الشرعى لتعاطى المخدرات :

ومدلول لفظ الخمر فى اللغة العربية والشريعة الإسلامية : كل ما خامر العقل وحجبه . كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى الحديث المتفق عليه [١٩] ، دون نظر إلى المادة التى تتخذ منها إذ الأحاديث الشريفة الصحيحة الواردة فى الخمر ناطقة بهذ المهنى [٢٠] (كل مسكر حرام) وهكذا فهم أصحاب الرسول رضوان الله عليهم . وقال عمر هذه المقالة المبينة للمقصود بهذا اللفظ فى محضر كبار الصحابة دون نكير من أحد منهم ، ومن ثم فإن الإسلام حين حرم وقرر عقوبة شاربها لم ينظر إلى أنها سائل يشرب من مادة معينة ، وإنما نظر إلى الأثر الذى تحدثه فيمن شربها من زوال العقل الذى يؤدى إلى افساد إنسانية الشارب وسلبه منحة التكريم التى كرمه الله بها بل ويفسد ما بين الشارب ومجتمعه من صلات المحبة والصفاء ، وقد كشف العلم الحديث عن أضرار جسمية أخرى يحدثها شرب هذه المفسدات ، حيث يقضى على حيوية أعضاء هامة فى الجسم كالمعدة والكبد هذا عن الأضرار الإقتصادية التى تذهب بالأموال سفها وتبذيراً فيما يضر ولا ينفع . هذا فوق امتهان من يشرب الخمر بذهاب الحشمة والوقار وإحترام الأهل والأصدقاء ، هذه الأضرار الجسمية والأدبية والإقتصادية التى ظهرت للخمر وعرفها الناس هى مناط تحريمها .

وإذا كانت الشريعة إنما أقامت تحريمها للخمر على دفع المضار وحفظ المصالح فإنها تحرم كل مادة من شأنها أن تحدث هذه الأضرار أو أشتد ، سواء كانت مشروباً سائلاً أو جامداً مأكولاً أو مسحوقاً أو مشموماً ، ومن هنا لزم ثبوت حكم تحريم الخمر لكل مادة ظهرت أو تظهر عملها ، يدل لذلك قول الرسول ﷺ [٢١] (كل مسكر حرام) إذ لم يقصد الرسول بهذا إلا أن يقرر الحكم الشرعى وهو أن كل ما يفعل بالإنسان فعل الخمر يأخذ حكمها فى التحريم والتجريم .

وإذا كانت المخدرات كالحشيش والأفيون والكوكايين وغيرها من المواد الطبيعية المخدرة ، وكذلك المواد المخلقة المخدرة تحدث آثار الخمر فى الجسم والعقل بل أشد ، فإنها تكون محرمة بحرفية النصوص المحرمة للخمر وبروحها وبمعناها ، والتى استمدت منها القاعدة الشرعية التى تعتبر من أهم القواعد التشريعية فى الإسلام ، وهى دفع المضار وسد ذرائع الفساد .

ومع هذا : فقد أخرج الإمام أحمد فى مسنده وأبو داود فى سننه [٢٢] عن أم سلمة رضى الله عنها قالت (نهى رسول ﷺ عن كل مسكر ومفتر (والمفتر كما قال العلماء كل ما يورث الفتور والخور فى أعضاء الجسم ، وقد نقل العلماء اجماع فقهاء المذاهب على حرمة تعاطى الحشيش وأمثاله من المخدرات الطبيعية والمخلقة ، لأنها جميعاً تودى بالعقل وتفسده وتضر بالجسم والمال ، وتحط من قدر متعاطيها فى

المجتمع ، قال ابـن تيمية رحمه الله فى بيان حكم الخمر والمخدرات (والأحاديث فى هذا الباب كثيرة ومستفيضة جمع رسول ﷺ بما أوتيه من جوامع الكلم كل ما غطى العقل وأسكر ولم يفرق بين نوع ونوع ولا تأثير لكونه مأكولاً أو مشروبا على أن الخمر قد يصطنع بها (أى يؤتدم) وهذه الحشيشة قد تداف (أى تذاب) فى المـاء وتشرب وكل ذلك حرام . إنما لم يتكلم المتقدمون فى خصوصها لإنه إنما حدث أكلها من قريب فى أواخر المائة السادسة أو قريباً من ذلك ، كما أنه قد حدثت أشربة مسكرة بعد النبى ﷺ كلها داخلة فى الكلم الجوامع من الكتاب والسنة وإذا كان ما أسكر كثيره فقليله حرام ، كذلك فإنه يحرم مطلقاً بإجماع فقهاء المذاهب الإسلامية ما يفتر ويخدر من الأشياء الضارة بالعقل أو غيره من أعضاء الجسد ، وهذا التحريم شامل كل أنواع المخدرات ما دام تأثيرها على هذا الوجه القليل منها والكثير ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب حد متعاطى المخدرات كشارب الخمر تماماً ، لأنها تفعل فعلها بل وأكثر منها ، بل قال إبن تيمية [٢٣] (إن فيها " المخدرات " من المفاسد ما ليس فى الخمر ، فهى أولى بالتحريم ، ومن إستحلها وزعم أنها حلال فإنه يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل مرتداً ، لا يصلى عليه ولا فى مقابر المسلمين) .

ونخلص مما تقدم : أن المخدرات بكافة أنواعها وأسمائها طبيعية أو مخلقة مسكرة ، وأن كل مسكر من أى مادة حرام ، وهذا الحكم مستفاد نصاً من القرآن الكريم ومن سنة رسول الله ﷺ حسبما تقدم بيانه وبذلك يحرم تعاطيها بأى وجه من وجوه التعاطى من أكل أو شرب أو شم أو حقن لإنها مفسدة ، ودرء المفاسد من المقاصد الضرورية للشريعة حماية للعقل والنفس ، ولأن الشرع الإسلامى إعتنى بالمنهيات ، وفى هذا يقول الرسول صلوات الله وسلامه عليه [٢٤] (إذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما إستطعتم وإذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه) وفى حديث آخر يقول [٢٥] (لترك ذرة مما نهى الله عنه أفضل من عبادة الثقلين) ومن هنا قال الفقهاء إنه يجوز ترك الواجب دفعاً للمشقة ، ولا تسامح فى الأقدام على المنهيات خصوصاً الكبائر إلا عند الإضطرار على ما يأتى بيانه .

ثانياً - الحكم الشرعى لإنتاج المخدرات وزراعتها والإتجار فيها والتعامل فيها عى اى وجه كان :

ثبت مما تقدم أن المخدرات بكافة أنواعها وأسمائها محرمة قطعاً بدخولها فى إسم الخمر والمسكر . فهل إنتاجها بكافة وسائله والإتجار فيها وتهريبها والتعامل فيها كذلك يكون محرماً ؟

يتضح حكم هذا : إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية إذا حرمت شيئاً على المسلم حرمت عليه فعل الوسائل المفضية إليه ، وهذه القاعدة مستفادة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، ففى القرآن تحريم الميتة والدم والخمر والخنزير ، وفى بيع هذه المحرمات يقول الرسول صلوات الله وسلامه عليه فيما رواه

الجماعـة عن جابـر رضى الله عنه [٢٦] (إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام) وحين حرم الله الزنا حرم دواعيه من النظر واللمس والخلوة بالمرأة الأجنبية فى مكان خاص لأن كل هذا وسيلة إلى الوقوع فى المحرم ، وهو المخالطة غير المشروعة وفى آيات سورة النور الخاصة بالأستئذان قبل دخول بيوت الغير ، والأمر للرجال وللنساء بغض البصر عن النظر لغير المحارم ، وإخفاء زينة النساء وستر اجسادهن ، وكل ذلك بعداً بالمسلمين عن الوقوع فيما لا يحل وحماية لحرمه المنازل والمسكن ، ومن هنا تكون تلك النصاص دليلاً صحيحاً مستقيماً على أن تحريم لجميع وسائله ، ومع هذا فقد أفصح الرسول عن هذا الحكم فى الحديث الذى رواه داود فى سننه كما رواه غيره عن إبن عباس رضى الله عنه (إن من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه ممن يتخذه خمراً فقد يقحم فى النار) وقوله ﷺ المروى عن أربعة من أصحابه منهم إبن عمر [٢٧] (لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وآكل ثمنها وحاملها والمحمولة إليه) صريح كذلك فى تحريم كل وسيلة مفضية إلى شرب الخمر ، ومن هنا تكون كل الوسائل المؤدية إلى ترويج المخدرات محرمة سواء كانت زراعة أو إنتاجاً أو تهريباً أو إتجاراً . فالتعامل فيها على أى وجه مندرج قطعاً فى المحرمات بإعتباره وسيلة إلى المحرم ، بل إن الحديثين الشريفين سالفى الذكر نصان قاطعان فى تحريم هذه الوسائل المؤدية إلى إشاعة هذا المنكر بين الناس ، بإعتبار أن إسم الخمر بالمعنى السالف (ما خامر العقل كما فسرها سيدنا عمر بن الخطاب) شامل للمخدرات بكافة أسمائها وأنواعها ، ولأن فى هذه الوسائل إعانة على المعصية ، والله سبحانه نهى عن التعاون فى المعاصى كقاعدة عامة فى قوله سبحانه [٢٨] (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) وفى إنتاج المخدرات والإتجار فيها وتهريبها وزراعة أشجارها إعانة على تعاطيها ، والرضا بالمعاصى معصية محرمة شرعاً قطعاً ، سيما وأن هذه الوسائل مؤداها ومقصودهاتهيئة هذه السموم المخدرة للتداول والإنتشار بين الناس ، فهى حرام حرمة ذات المخدرات ، لأن الأمور بمقاصدها .

ثالثاً - الحكم الشرعى لمن يؤدى الصلاة وهو تحت تأثير المخدر :

وصف إبن تيمية المخدرات وأثرها فى متعاطيها فقال [٢٩] (وهى أخبث من الخمر من جهة أنها تفسد العقل والمزاج حتى يصير فى الرجل تخنث ودياثة " الديوث الذى لا يغار على أهله " وغير ذلك من الفساد) ولا مراء فى أن المخدرات تورث الفتور والخدر فى الأطراف ، وقد قال [٣٠] إبن حجر المكى فى فتاويه فى شرح أم سلمة السالف (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتر) فيه دليل على تحريم الحشيش بخصوصه ، فإنها تسكر وتخدر وتفتر ، ولذلك يكثر النوم لمتعاطيها ومن أجل تأثير المخدرات وإصابتها عقل متعاطيها بالفتور والخدر فإنه لا يحسن المحافظة على

وضوئه ، فتنفلت بطنه دون أن يدرى أو يتذكر ، ولهذا أجمع فقهاء المذهب على أن من نواقض الوضوء أن يغيب عقل المتوضىء بجنون أو صرع أو إغماء ، وبتعاطى ما يستتبع غيبة العقل من خمر أو حشيش أو أفيون أو غير هذا من المخدرات المغيبات ، ومتى كان الشخص مخدراً بتعاطى أى نوع من المخدرات غاب عقله وإنعدم تحكمه وسيطرته على أعضاء جسمه وفقد ذاكرته ، فلم يعد يدرى شيئاً وإنتقض وضوؤه وبطلت صلاته وهو بهذه الحال ، ولا فرق فى هذا بين خدر وسكر بخمر سائل أو مشموم أو مأكول فإن كل ذلك خمر ومسكر ، ولقد أمر الله سبحانه المسلمين بألا يقربوا الصلاة حال سكرهم فقال [٣١] (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) وهذا غاية النهى عن قربان الصلاة فى حال السكر يزول أثره وهو دليل قاطع على بطلان صلاة السكر بمسكر أو بمفتر ، لأنه فى كل أحواله إنتقض وضوؤه وإنتقص عقله ، أو زال بعد إذ فترت أطرافه وتراخت أعضاؤه ، وإختلط على السكران أو المتعاطي للمخدر ما يقول وما يقرأ من القرآن الكريم ، ولذا قال الله فى نهيه عن الصلاة حال السكر (حتى تعلموا ما تقولون) أى بزوال حال السكر والفتور والخدر .

رابعاً - الحكم الشرعى الربح الناتج عن التعامل فى المواد المخدرة :

من الأصول الشرعية فى تحريم بعض الأموال قال الله تعالى [٣٢] (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) أى لا يحل لأحدكم أخذ وتناول مال غيره بوجه باطل ، كما لا يحل كسب المال من طريق باطل أى محرم ، وأخذ المال أو كسبه بالباطل على وجهين :

الأول : أخذه على وجه غير مشروع كالسرقة والغصب والخيانة ، والآخر أخذه وكسبه بطرق حظرها الشرع كالقمار أو العقود المحرمة كما فى الربا ، وبيع ما حرم الله الإنتفاع به كالميتة والدم والخمر المتناولة للمخدرات بوصفها العنوانى على ما سلف بيانه فإن هذا كله حرام .

وترتيباً على هذا : يكون الربح والكسب من أى عمل محرم حرام ، وبهذا جاءت الأحاديث الكثيرة عن الرسول ﷺ ، منها قوله [٣٣] (إن الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها ، وحرم الخنزير وثمنه) .

وفى هذا أيضاً قال العلامة إبن القيم [٣٤] (قال جمهور الفقهاء إذا بيع العنب لمن يعصره خمراً حرم أكل ثمنه ، بخلاف ما إذا بيع لمن يأكله ، وكذلك السلاح إذا بيع لمن يقاتل به مسلماً حرم أكل ثمنه ، وإذا بيع لمن يغزو فى سبيل الله فثمنه من الطيبات) وإذا كانت الأعيان التى يحل الإنتفاع بها إذا بيعت لمن يستعملها فى معصية الله ، رأى جمهور الفقهاء - وهو الحق - تحريم ثمنها ، بدلالة ما ذكرنا من الأدلة وغيرها ، وعليه كان ثمن العين التى لا يحل الإنتفاع بها كالمخدرات حراماً من باب أولى .

وبهذه النصوص نقطع بأن الإتجار فى المخدرات محرم

وبيعها محرم وثمنها حرام وربحها حرام ، لا يحل للمسلم تناوله ، يدل لذلك قطعاً إن الرسول ﷺ عندما نزلت أية تحريم الخمر [٣٥] (إنما الخمر والميسر) أمر أصحابه باراقة ما عندهم من خمور ومنعهم من بيعها حتى لغير المسلمين بل أن أحد أصحابه قال إن عندى خمراً لأيتام فقال له ﷺ " أهرقها " فلو جاز بيعها أو حل الإنتفاع بثمنها لأجاز لهذا الصحابى بيع الخمر التى يملكها الأيتام لإنفاق ثمنها عليهم .

خامساً - الحكم الشرعى للتصدق بالأموال الناتجة عن التعامل فى المواد المخدرة :

فى القرآن الكريم قول الله تعالى [٣٦] (يا أيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم) وفى الحديث الشريف الذى رواه مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول ﷺ قال : إن الله تعالى طيب لا يقبل إلا طيباً ، إن الله تعالى أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين فقال [٣٧] : (يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعلموا صالحاً) وقال [٣٨] : (يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم وأشكروا الله إن كنتم إياه تعبدون) ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يده إلى السماء يا رب يا رب ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغذى بالحرام فإنه يستجاب له) وفى الحديث الذى رواه الإمام أحمد فى مسنده عن إبن مسعود رضى الله عنه أن رسول ﷺ قال : (والذى نفسى بيده لا يكسب عبد مالاً من حرام فينفق منه فيبارك له فيه ، ولا يتصدق فيقبل منه ، ولا يتركه خلف ظهره إلا كان زاده فى النار ، إن الله لا يمحو السيىء بالسيىء ، ولكن يمحوا السيىء بالحسن إن الخبيث لا يمحو الخبيث) وفى الحديث المروى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول ﷺ قال : (من كسب مالاً حراماً فتصدق به لم يكن له أجره ، وكان أجره (يعنى إثمه وعقوبته) عليه وفى حديث آخر أنه قال : (من أصاب مالاً من مأثم فوصل به رحمه أو تصدق به أو أنفقه فى سبيل الله جمع ذلك جمعاً ثم قذف به فى نار جهنم)

والحديث الذى رواه الطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول ﷺ (إذا خرج الحاج حاجاً بنفقة طيبة ووضع رجله فى الغرز (ركاب من جلد) فنادى لبيك اللهم لبيك نادى مناد من السماء لبيك وسعديك زادك حلال وراحلتك حلال وحجك مبرور غير مأزور ، وإذا خرج بالنفقة الخبيثة (أى المال الحرام) فوضع رجله فى الغرز . فنادى لبيك ، ناداه مناد من السماء لا لبيك ولا سعديك ، إزدك حرام وحجك مأزور غير مبرور) .

فهذه الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة قاطعة فى إنه لقبول الأعمال الصالحة عند الله من صدقة وحج وعمرة وبناء المساجد وغير هذا من أنواع القربات لابد وأن يكون ما ينفق فيها حلالاً خالصاً لا شبهة فيه ، وإذ كانت الأدلة المتقدمة قد أثبتت أن ثمن المحرمات وكسبها حرام فلا يحل أكلها ولا التصديق بها ولا الحج منها ولا إنفاقها فى أى نوع من أنواع البر ، لأن الله طيب لا يقبل إلا الطيب ، بمعنى أن منفق المال الحرام فى أى وجه

من وجـوه البر لا ثـواب لـه فيما أنفق ، لأن الثواب جزاء القبول عندالله ، والقبول مشروط بأن يكون المال طيباً كما جاء فى تلك النصوص .

سادسا - الحكم الشرعى لتعاطى المخدرات للعلاج :

الإسلام حرم مطعومات ومشروبات صوناً لنفس الإنسان وعقله ورفع هذا التحريم فى حالة الضرورة فقال [٣٩] (فمن إضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) وقال [٤٠] : (فمن أضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم) وقال [٤١] : (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما إضطررتم إليه) ولقد إستنبط الفقهاء من هذه الآيات ومن أحاديث رسول ﷺ فى الضرورة قواعد بعضها يحجز بعض ، فقالوا : الضرر قواعد بعضها يحجز بعض ، فقالوا : الضرر يزال والضرورات تبيح المحظورات ، ومن ثم أجازوا أكل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه عليها [٤٢] قال تعالى : (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) وقالوا أيضاً : إن الضرورة تقدر بقدرها وما جاز لعذر بطل بزواله والضرر لا يزال بضرر ، وقد إختلف الفقهاء فى جواز التداوى بالمحرم ، والصحيح من آرائهم هو ما يلتقى مع قول الله فى الآيات البينات السالفات ، بملاحظة أن إباحة المحرم للضرورة مقصورة على القدر الذى يزول به الضرر وتعود به الصحة ويتم به العلاج وللتثبت من توافر هذه الضوابط إشترط الفقهاء الذين أباحوا التداوى بالمحرم شرطين :

إحدهما : إن يتعين التداوى بالمحرم بمعرفة طبيب مسلم خبير بمهنة الطب معروف بالصدق والأمانة والتدين ، والآخر ألا يوجد دواء من غير المحرم ليكون التداوى بالمحرم متعيناً ، ولا يكون القصد من تناوله التحايل لتعاطى المحرم ، وإلا يتجاوز به قدر الضرورة ، وقد أفتي إبن حجر المكى الشافعى [٤٣] حين سئل عمن أبتلى بأكل الأفيون والحشيش ونحوهما وصار حاله بحيث إذا لم يتناوله هلك . أفتى : بأنه إذا علم يهلك قطعاً حل له أنه وجب لإضطراره لإبقاء روحه كالميته للمضطر ، ويجب عليه التدرج فى تقليل الكمية التى يتناولها شيئاً فشيئاً حتى يزول إعتياده وهذا - كما تقدم - إذا ثبت بقول الأطباء الثقات ديناً ومهنة أن معتاد تعاطى المخدرات يهلك بترك تعاطيها فجأة وكلية .

وترتيبا على هذا : فإذا ثبت أن ضرراً ماحقا محققاً وقوعه بتعاطى المخدرات سواء كانت طبيعية أو مخلقة إذا إنقطع فجأة عن تعاطيها جاز مداواته بإشراف طبيب ثقة متدين حتى يتخلص من إعتياده عليها كما أشار العلامة إبن حجر فى فتواه المشار إليها ، لأن ذلك ضرورة ولا إثم فى الضرورات متى روعيت شروطها المنوه بها ، أعمالاً لنصوص القرآن الكريم فى آيات الإضطرار سالفة الإشارة .

هذا : وإنه مع التقدم العلمى فى كيمياء الدواء لم تعد حاجة ملحة للتداوى بالمواد المخدرة المحرمة شرعاً لوجود البديل الكيمائى المباح .

سابعاً - الحكم الشرعى التواجد فى مكان معد لتعاطى المخدرات وكان يجرى فيه تعاطيها:

كرم الله الإنسان نأى به عن مواطن الريب والمهانة ، وإمتداح عباده الذين تجنبوا مجالس اللهو واللغو فقال سبحانه (٤٤) : (والذين هم عن اللغو معرضون) وقال (٤٥) : (والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراماً) وقال (٤٦) : (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) وفى الحديث عن الرسول الأكرم صلوات الله وسلامه عليه (إستماع الملاهى معصية والجلوس عليها فسق) وروى أبو داود فى سننه عن إبن عمر رضى الله عنه قوله : (نهى رسول الله ﷺ عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر) والمستفاد من هذه النصوص أنه يحرم مجالسة مقترفى المعاصى أياً كان نوعها ، لأن فى مجالسهم إهداراً لحرمات الله ، ولأن من يجلس مع العصاة الذين يرتكبون المنكرات يتخلق بأخلاقهم السيئة ويعتاد ما يفعلون من مآثم كشرب المسكرات والمخدرات كما يجرى على لسانه مما يتناقلونه من ساقط القول ، ومن أجل البعد بالمسلم عن الدنيا وعن إرتكاب الخطايا كان إرشاد الرسول ﷺ للمسلمين فى اختيار المجالس والجليس فى قوله (٤٧) إنما مثل الجليس الصالح والجليس السوء كحامل المسك ونافخ الكير ، فحامل المسك أما أن يحذيك (٤٨) وإما أن تبتاع منه وإما أن تجد منه ريحاً طيبة ، ونافخ الكير إما أن يحرق ثيابك وإما أن تجد منه ريحاً خبيثة) رواه البخارى ومسلم . فالجليس الصالح يهديك ويرشدك ويدلك على الخير وترى منه المحامد والمحاسن وكله منافع وثمرات . أما الجليس الشرير فقد شبهه الرسول صلوات الله وسلامه عليه بنافخ الكير يضر ويؤذى ويعدى بالأخلاق الرديئة ويجلب السيرة المذمومة ، وهو باعث الفساد والإضلال ومحرك كل فتنة وموقد نار العداوة والخصام ، وفى هذا الحديث الشريف دعوة إلى مجالسة الصالحين وأهل الخير والمروءة ومكارم الأخلاق والورع والعلم ، وفيه النهى عن مجالسة أهل (الشر) والبدع والفجار الذين يجاهرون بإرتكاب المنكرات وشرب المسكرات والمخدرات ، لأن القرين ينسب إلى قرينه وجليسه ويرتفع به وينحدر وتهبط كرامته بدناءة من يجالسهم ، ولقد تحدث القرآن الكريم عن قرناء السوء وحذر منهم ومن مجالستهم وأخبر أنهم سوء وندامة فى الدنيا والآخرة قال تعالى : (ومن يكن الشيطان له قريناً فساء قريناً (٤٩) وإذا كان الجليس يقتدى ويهتدى بجليسه وبمجلسه فإن فى جلوس الإنسان التقى البعيد عن المآثم والشبهات فى مجالس الإفك والشرب وتعاطى المخدرات يؤذيه ويرديه فى الدنيا بالمهانة وإنتزاع المهابة عند عار فيه من أقارب وأصدقاء ، لأن المخدرات كما نقل العلامة إبن حجر المكى (٥٠) فى فتواه الكبرى فيها مضار دينية ودنيوية ، فهى تورث الفكرة وتعرض البدن لحدوث الأمراض وتورث النسيان وتصدع الرأس وتورث موت الفجاءة وإختلال العقل وفساده والسل والإستسقاء وفساد الفكر وإفشاء السر وذهاب الحياء وكثرة المراء

وإنعدام المروءة وكشف العورة وعدم الغيرة وإتلاف الكسب ومجالسة إبليس وترك الصلاة والوقوع فى المحرمات وإحتراق الدم وصفره الأسنان وثقب الكبد وغشاء العين والكسل والفشل وتعيد العزيز ذليلاً والصحيح عليلاً أن أكل لا يشبع وأن أعطى لا يقنع .

ومن هنا كان على الإنسان أن ينأى عن مجالس الشرب المحرم خمراً سائلاً أو مخدرات مطعومة أو مشروبة أو مشمومة ، فإنها مجالس الفسق والفساد وإضاعة الصحة والمال ، وعاقبتها الندم فى الدنيا والآخرة قال تعالى : (ومن يعش عن ذكر الرحمن نقيض له شيطاناً فهو له قرين [٥١] بل أن مصاحبة هؤلاء المارقين على الدين الذين يتعاطون هذه المهلكات إثم كبير لأن الله قد غضب عليهم وعلى مجالسهم وفى هذا يقول سبحانه (يا أيها الذين آمنوا لا تتولوا قوماً غضب الله عليهم) [٥٢] وفى مصاحبة هؤلاء ومجالستهم معاداة للمولى سبحانه وتحد لأوامره ، فقد نهى عن مودة العصاة [٥٣] (لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله) وهؤلاء قد أستغرقوا فى مجالسهم المحرمة المليئة بالآثام ، فالجلوس معهم مشاركة فيما يرتكبون ، مودة معهم مع أنهم غير جديرين بهذه المودة لعصيانهم أوامر الله ورسوله وإستباحتهم ما حرم الله ورسوله ، وأولئك حزب الشيطان من جلس معهم فقد رضى بمنكرهم وأقر فعلهم ، والمؤمن الحق مأمور بإزالة الباطل متى إستطاع وبالوسيلة المشروعة فإن لم يستطع فعليه بالإبتعاد عن مجالس المنكرات ففى الحديث الشريف فى صحيح مسلم عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال [٥٤] : سمعت رسول ﷺ يقول (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان) .

ففى الحديث النبوى دعوة إلى مكافحة المنكرات ومنها هذه السموم (المخدرات) بعد أن بان ضررها وشاع سوء أثارها وكانت عاقبة أمرها خسراً للإنسان وللمال بل وفى المال ، فمن كان له سلطة إزالة هذه المخدرات والقضاء على أوكارها وتجارها كان لزاماً عليه بتكليف من الله ورسوله أن يجد ويجتهد فى مطاردة هذه الآفة ، ومن لم يكن من أصحاب السلطة فإن عليه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، فيبين للناس آثارها المدمرة لنفس الإنسان وماله ، ومن الأمر بالمعروف إبلاغ السلطات بأوكار تجارها ومتعاطيها ، فالتستر على الجريمة إثم وجريمة فى حق الأمة وإشاعة للفحشاء فيها ، وجميع الأفراد مطالبون بالأمر بالمعروف وبالإرشاد عن مرتكبى هذه المنكرات ومروجى المخدرات ، إذ هى النصيحة التى أمر بها الرسول صلوات الله وسلامه عليه فى الحديث الذى رواه البخارى ومسلم عن تميم الدارى [٥٥] (الدين النصيحة : قاله له ثلاثاً : قال : لمن يا رسول الله قال : لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم) وفى الحديث [٥٦] الذى رواه النسائى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (إن القوم إذا رأوا المنكر فلم يغيروه عمهم الله بعقاب) .

والنصيحة لأئمة المسلمين أى للحكام بالإرشاد ومعاونتهم على منع المنكرات والآثام ، لأنهم القادرون على تغييرها بالقوة ، فلا تأخذنا رحمة فى دين الله ، إذ التستر على هذه الآثام إعانة لمروجيها على الإستمرار فى هذه المهمة الخبيثة .

وبعد : فقد أوضحنا فيما تقدم إجماع فقهاء المذاهب الإسلامية على تحريم إنتاج المخدرات وزراعتها وتجارتها وترويجها وتعاطيها طبيعية أو مخلقة ، وعلى تجريم أى إنسان يقدم على شىء من ذلك بنصوص صريحة فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وإنه لا ثواب ولا مثوبة لما ينفق من ربحها فإن الله طيب لا يقبل إلا طيباً . أما الكسب الحرام فإنه مردود عى صاحبه ، يعذب بـه فى الآخرة وساءت مصيراً ، وبينا حكم مداواة المدمنين بإشراف الأطباء المتقنين لمهنتهم وبقدر الضرورة حتى يزول هذا الإدمان ، وإنه لا يحل التداوى بالمحرمات إلا عند تعينها دواء وعدم وجود دواء مباح سواها ، كما أوضحنا أن المجالس التى تعد لتعاطى هذه المخدرات مجالس فسق وإثم ، الجلوس فيها محرم على كل ذى مروءة يحافظ على سمعته وكرامته بين الناس وعند الله ، وأن على الكافة إرشاد الشرطة المختصة لمكافحة تجارة هذه السموم القاتلة ، والقضاء على أوكارها وأن هذا الإرشاد هو ما سماه الرسول الأكرم بالنصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .

وبعد : فإن الله الذى حرم هذه الموبقات المخدرات المهلكات للأنفس والأموال حرم أم الخبائث (الخمر) وقد آن لنا أن نخشع لذكر الله تعالى وما أنزل فى قرآنه وعلى لسان نبيه صلى الله عليه وسلم قال سبحانه (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون [٥٧] .

آن لنا أن نجعل هذا الحكم نافذاً فى مجتمعنا حماية لأولادنا ونسائنا أولاً وأخيراً طاعة لربنا ، وفق الله الجميع للتمسك بدينه والعمل بشريعته وهو حسبنا ونعم الوكيل (يا أيها الذين أمنوا إستجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم [٥٩] ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

ثامناً - الحكم الشرعى لتوقيع المحاكم لعقوبة الإعدام على المتهم الذى يجلب جواهر مخدرة [٥٩] :

إن الشريعة الإسلامية قد جاءت رحمة للناس واتجهت فى أحكامها إلى إقامة مجتمع فاضل تسوده المحبة والمودة والعدالة والمثل العليا فى الأخلاق والتعامل بين أفراد المجتمع ، ومن أجل هذا كانت غايتها الأولى تهذيب الفرد وتربيته ليكون مصدر خير للجماعة ، فشرعت العبادات سعياً إلى تحقيق هذه الغاية وإلى توثيق العلاقات الإجتماعية ، كل ذلك لصالح الأمة وخير المجموع والمصلحة التى إبتغاها الإسلام وتضافرت عليها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تهدف إلى المحافظة على أمور خمسة يسميها فقهاء الشريعة

الإسلامية الضرورات الخمس وهى : الدين والنفس والمال والعقل والنسل ، والمحافظة على العقل من الضرورات التى حرص الإسلام على تأكيدها فى تشريعه ، وحفظ العقل من أن تناله آفة تجعل فاقدة مصدر شروأذى للناس وعبئاً على المجتمع ومن أجل هذا حرم الإسلام وعاقب من يشرب الخمور وغيرها مما يتلف العقل ويخرج الإنسان عن إنسانيته ، وكما قال الإمام الغزالى (إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الحق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم لكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة .

وإذا كانت المخدرات كالحشيش والأفيون والكوكايين والهيروين وغيرها من المواد الطبيعية المخدرة وكذلك المواد المخلقة المخدرة تحدث آثار الخمر فى الجسم والعقل بل أشد ، والقاعدة الشرعية التى تعتبر من أهم القواعد التشريعية فى الإسلام ، وهى دفع المضار ومد ذرائع الفساد ، ومع هذا فقد أخرج الإمام أحمد فى مسنده وأبو داود فى سننه عن أم سلمة رضى الله عنها قالت (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتر) .

والمفتر كما قال العلماء كل ما يورث الفتور والخور فى أعضاء الجسم ، وقد نقل العلماء إجماع فقهاء المذاهب على حرمة تعاطى الحشيش وأمثاله من المخدرات الطبيعية والمخلقة لأنها جميعاً تودى بالعقل وتفسده وتضر بالجسم والمال وتحط من قدر متعاطيها فى المجتمع .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب حد متعاطى المخدرات كشارب الخمر تماماً لأنها فعلها وأكثر منها . بل قال إبن تيمية (إن فيها المخدرات) من المفاسد ما ليس فى الخمر فهى أولى بالتحريم ، ومن إستحلها وزعم إنها حلال فإنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل مرتداً ، لا يصلى عليه ولا يدفن فى مقابر المسلمين .

ونخلص مما تقدم إن المخدرات بكافة أنراعها وأسمائها طبيعية أو مخلقة مسكرة ، وأن كل مسكر من أى مادة حرام ، وهذا الحكم مستفاد نصاً من القرآن الكريم ومن سنة رسول الله ﷺ ، وبذلك يحرم تعاطيها بأى وجه من الوجوه من أكل أو شرب أو شم أو حقن لأنها مفسدة ، ودرء المفاسد من المقاصد الضرورية للشريعة الإسلامية حماية للعقل والنفس ولأن الشرع الإسلامى أعتنى بالمنهيات ، وفى هذا يقول الرسول ﷺ (إذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما إستطعتم ، وإذا نهيتكم عن شىء فإجتنبوه) .

إذا كان ذلك كذلك تكون الوسائل المؤدية إلى ترويج المخدرات محرمة سواء كانت زراعة أو إنتاجاً أو تهريباً أو إتجاراً فالتعامل فيها على أى وجه مندرج قطعاً فى المحرمات بإعتباره وسيلة إلى المحرم ، ولما كان من مقاصد التشريع الإسلامى ما سماه الفقهاء بالضرورات الخمس وقد جرت

عبارتهم بأنها حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ المال وحفظ العقل ، وقالوا إنه بالإستقرار وجد أن هذه الضرورات الخمس مراعاة فى كل ملة .

وفى سبيل حفظ هذه الضروارت شرعت العقوبات ، وهى كما جاءت فى إستنباط الفقهاء من مصادر الشريعة تتنوع إلى ما يأتى :

أولاً: الحدود .

ثانياً: جرائم الجناية على النفس وما دون النفس وما يتبعها من الدية والإرث .

ثالثاً: جرائم التعازير .

ولما كان لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجانى ففى التعزير مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهى بالجلد والحبس ، وقد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ويترك للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة ولحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، ولم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان - كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام وتركت لأولى الأمر فى الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف إنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها ، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ويعاقبوا على مخالفتها .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أن التعزير للتأديب وإنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبتـه غالبـاً ، فينبغى ألا تكون عقوبة التعزير مهلكة ومن ثم فلا يجوز فى التعزيز قتل ولا قطع لكن الكثيرون من الفقهاء أجازوا إستثناء من هذه القاعدة أن يعاقب بالقتل تعزيراً إذا إقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل ، أو كان فساد المجرم لا يزول رلا بقتله كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة .

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء إستثناء من القاعدة فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضى لكل العقوبات التعزيرية ، بل يجب أن يعين ولى الأمر الجرائم التى يجوز فيها الحكم بالقتل ، وقد إجتهد الفقهاء فى تعيين هذه الجرائم وتحديدها ولم يبيحوا القتل إلا إذا إقتضت الضرورة ذلك بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويئس من إصلاحه أو كان إستئصال المجرم ضرورياً لدفع فساده وحماية الجماعة منه .

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيزاً ويسمونه القتل سياسة ، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأى وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ويأخذ بهذا الرأى قليل من المالكية ولما كان البين من مطالعة أوراق هذه الدعوى كما سطرتها التحقيقات أن المتهم قد قام بجلب جواهر مخدرة (هيروين) بقصد ترويجها والإتجار فيها فى جمهورية مصر العربية دون ترخيص كتابى من الجهة حسبما هو ثابت بتحقيقات النيابة وبأقوال الشهود وما إدعاه من عدم ملكيته للحقيقة وما تحتويه من مخدرات بعد إعترافه بحيازته لها لا ينهض دليلاً على درء التهمة عنه .

ولما كان جلب المخدرات وترويجها والإتجار لم يرد بشأنها عقوبة مقدرة شرعاً يستوجب إنزالها على المتهم كحد شرب الخمر وحد الزنا وحد قطع الطريق فإنه لا مناص من إدخالها فى باب التعازير التى قد تصل العقوبة فى بعض الجرائم الخطيرة فيها إلى القتل حسبما يقدره ولى الأمر ويرى أن الخطر الداهم الذى يحيق بالأفراد والجماعة من جراء جلب هذه المخدرات وترويجها لا يمكن درءه إلا بالقتل لأن درء المفساد من المقاصد الضرورية للشريعة حماية للعقل والنفس .

ولا شك أن تأثير المخدرات بأنواعها على عقل الإنسان أمر أثبتته البحوث والدراسات فتعاطى الهيروين والعقاقير المخدرة يؤدى عند الإنقطاع أو الفشل فى الحصول على جرعة إلى الإصابة بتشنجات يعقبها إضطراب عقلى ربما يؤدى إلى الوفاة فالمخدر لعنة تصيب الفرد وكارثة تحل بالأسرة وخسارة محققة تلحق بالوطن ، لما كلن ذلك فإذا إطمأن وجدان المحكمة إلى أن المتهم قد قام بجلب المخدر المشار إليه قاصداً ترويجه وتوزيعه بمعرفة أعوان فى جمهورية مصر العربية ، الأمر الذى يترتب عليه إتلاف الأموال والأبدان والعقول ، فإنه حيمئذ يجوز أن تنزل به عقوبة التعزير حتى القتل وفقاً لما تقتضيه مصلحة الأمة والجماعة ، والله سبحانه وتعالى أعلم [٦٠] .

إرادة الشعب

إن إرادة الشعب الحازمة هى التى تقرر القانون الأساسى ، وليست إرادة إية مصلحة من مصالح الحكومة أو كلها مجتمعة .

« إبراهيم لنكولن »

(١) أنظر أصول الفقه - الشيخ أبو زهرة - القاهرة ١٩٧٠ ص ٨٢٦ - الموافقات - الشاطبى - ج١ - ص٤٢٣ .

(٢) " التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى " عبد القادر عوده - طبعة ١٩٧٤ - ج١ ص٤٤٨ .

وراجع لنا التصرف فى التحقيق الجنائى وطرق الطعن فيه ص١٠٥ وما بعدها .

(٣) الدكتور عصام أحمد : جرائم المخدرات وقضاء ص٣٣ .

(٤) سنن أبى داود كتاب الأشربة باب النهى عن المسكر - ج١ - ص٢٩٤ - الطبعة الأولى -١٣٧١ هجرية .

(٥) أنظر المسئولية والجزاء فى القرآن الكريم " د. محمد إبراهيم الشافعى - القاهرة ١٩٨٢ - ص٤٣٥ .

(٦) المستشار على منصور - مؤلفه " نظام التجريم فى الإسلام " ج١ - ص١١٤.

(٧) الشيخ عبد المجيد سليم - فتواه فى ١٩٣٩/٤/١٢ - منشور فى الفتاوى الإسلامية - طبعة ١٩٨١ - ص ١٥٧٦ .

(٨) وقد أيد ذلك مفتى الديار المصرية الشيخ محمد سيد طنطاوى فى لقاءاته - أنظر جريدة الجمهورية - عدد السبت الموافق ١٩٨٩/٧/٢٩ ص١ .

(٩) فتوى الشيخ عبد المجيد سالم سنة ١٩٣٠ ص٣ - الفتاوى الإسلامية ج٤ طبعة ١٩٨١ .

(١٠) المفتى ثم فضيلة الشيخ جاد الحق على جاد الحق - س١١٧ - م١٦ - ٨ ربيع الأول ١٤٠٣ هـ - ٣ يناير ١٩٨٢ .

(١١) راجع الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية - المجلد العاشر ص ٢٥٩٣ .

(١٢) راجع لنا فى شرح أحكام الشهادة : التحقيق الجنائى العملى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - الناشر شباب الجامعة بالأسكندرية .

(١٣) المفتى ثم فضيلة الشيخ جاد الحق على جاد الحق - ص١٠٥ - م٢٤٨ - ربيع الآخر ١٣٨٩ هـ - ٤ مارس ١٩٧٩ .

(١٤) راجع الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية المجلد العاشر ص٣٥٠٧ .

(١٥) من الآية ١٩١ من سورة البقرة .

(١٦) المصطفى الغزالى ج١ ص٢٨٨ .

(١٧) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ج١ ص٦٢ .

(١٨) الآيتان ٩٠ ، ٩١ من سورة المائدة .

(١٩) أخرجه مسلم – من شرح سبل السلام على متن بلوغ المرام ٤٧ ج ٤ .

(٢٠) المرجع السابق .

(٢١) ج٨ ص١٧٢ نيل الأوطار للشوكانى .

(٢٢) من حديث إبن عمر الذى رواه الجماعة إلا البخارى وإبن ماجه من كتاب نيل الأوطار للإمام الشوكانى ص١٧٢ ج٨ .

(٢٣) سنن أبى داود ص١٣٠ ج٢ .

(٢٤) فتاوى إبن تيمية ج٤ ص٢٥٧ وكتاب السياسة الشرعية له ص١٢١ .

(٢٥) فتاوى إبن تيمية ص٢٥٧ المجلد الرابع .

(٢٦) ، (١٥) الأشباه والنظائر لإبن نجم المصرى الحنفى فى القاعدة الخامسة .

(٢٧) نيل الأوطار للشوكانى ج٥ ص١٤١ وسبل السلام للصنعانى ج٢ ص٢١٦.

(٢٨) رواه أبو داود فى سننه ج٢ ص١٢٨ فى كتاب الأشربة وإبن ماجه فى سننه.

(٢٩) من الآية ٣ من سورة المائدة .

(٣٠) السياسة الشرعية لإبن تيمية ص١٢٨ فى حد الشرب .

(٣١) ص٢٣٣ ج٤ فى باب الأشربة والمخدرات .

(٣٢) من الآية ٤٣ من سورة النساء .

(٣٣) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٣٤) رواه أبو داود فى سننه فى باب الأشربة ج٢ .

(٣٥) زاد المعاد لإبن القيم ج٤ ص٤٧٤ .

(٣٦) من الآية ٩٠ من سورة المائدة .

(٣٧) من الآية ٢٦٧ من سورة البقرة .

هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش

(٣٨) من الآية ٥١ من سورة المؤمنون .

(٣٩) من الآية ١٧٢ من سورة البقرة .

(٤٠) من الآية ١٧٣ من سورة البقرة .

(٤١) من الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

(٤٢) من الآية ١١٩ من سورة الأنعام .

(٤٣) من الآية ١٠٦ من سورة النحل .

(٤٤) من هذا إبن عابدين فى حاشيته رد المختار ج٥ ص٤٥٦ فى أخر كتابه الحظر والإباحة .

(٤٥) الآية ٣ من سورة المؤمنون .

(٤٦) من الآية ٧٢ من سورة الفرقان .

(٤٧) من الآية ٥٥ من سورة القصص .

(٤٨) من كتاب الترغيب والتهريب ص٤٩ ، ٥٠ ج٤ .

(٤٩) يحذيك : يعنى يعطيك .

(٥٠) من الآية ٣٨ من سورة النساء .

(٥١) ج٤ ص٢٣٤ .

(٥٢) الآية ٣٦ من سورة الزخرف .

(٥٣) من الآية ١٣ من سورة الممتحنة .

(٥٤) من الآية ٢٢من سورة المجادلة .

(٥٥) الترغيب والترهيب للمنذرى ج٣ ص٢٢٣ .

(٥٦) الترغيب والترهيب للمنذرى ج٣ ص٢٢٨ .

(٥٧) المرجع السابق ص٢٢٩ .

(٥٨) من الآية ٩٠ من سورة المائدة .

(٥٩) من الآية ٢٤ من سورة الأنفال .

(٦٠) رأى فضيلة مفتى جمهورية مصر العربية فى هذا الموضوع صدر فى شأن قضية جلب مخدر عرضت على فضيلته قبل إصدار الحكم بالإعدام عملاً بنص القانون .

أنظر كتابنا التجريم والعقاب فى قوانين المخدرات الطبعة الأولى ١٩٩٠ الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

(٦١) أنظر فى تحديد الأسباب الإجرائية والموضوعية للبراءة فى قضايا المخدرات كتابنا شرح قوانين المخدرات منشأة المعارف بالأسكندرية .

ضوابط وحدود التحريات الشرطية أمام القضاء

د. قدرى عبد الفتاح الشهاوى
المحامى بالنقض

أوليـات:

لعل من أهم واجبات ومسئوليات رجال الشرطة على إختلاف درجاتهم فى أى مجتمع من المجتمعات القيام بالكشف عن الجرائم المرتكبة فضلاً عن عمليات المكافحة ذاتها ومنع الجرائم قبل وقوعها .

ولا مراء فى أن عملية الكشف عن الجريمة بصفة عامة بما تضمه من مرحلتى البحث والتحرى وبالتالى التعرف أضحت الآن بالدرجة الأولى ترتكز على الجهود التى تبذل من العمل المنظم والجهد المضنى .

وهكذا تعتمد أعمال الشرطة فى الكشف عن الجرائم وتحقيقها على التحريات التى تتولاها ولهذا كانت "التحريات" وبالتالى " المراقبة " من الإجراءات الجوهرية الي يجب النظر إليها بقدر من الإهتمام لا يقل عن القدر الذى ينظر به إلى بقية أعمال الشرطة من ضبط وتفتيش وقبض ، ومع ذلك لم يتعرض المشرع الإجرائى [1] كما سنرى - إلا تعرضاً ضمنياً وطفيفاً لتحريات الشرطة (م٢١ ج) - وهكذا كانت التحريات وكيفية القيام بها من الأمور التى لم ينظمها المشرع وبالتالى أصحت من الأمور القلقة الى تحتاج إلى قواعد تستقر عليها خاصة أن القانون لا يوجب حتماً أن يتولى رجل الضبط القضائى بنفسه التحريات والأبحاث التى يؤسس عليها الطلب له بتفتيش الشخص أو أن يكون على معرفة شخصية سابقة به ، بل له أن يستعين فيما يجريه من تحريات وأبحاث أما ما يتخذه من وسائل التنقيب بمعاونين من رجال السلطة العامة والمرشدين السريين ومن يتولون إبلاغه عما وقع بالفعل من جرائم [2] .

وقد يتساءل البعض عما يمكن أن يتضمنه بتنظيم هذه التحريات وعن الغرض من مثل هذا التنظيم ؟

نقول رداً على هذا التساؤل أن تنظيم التحريات - شأنه شأن تنظيم أية إجراءات أخرى من إجراءات التحقيق - ينبغى أن يتضمن تحديداً لفئات رجال الشرطة الذين يجوز لهم القيام بالتحريات سواء أكانوا من مأمورى الضبط القضائى أم لم يكونوا كذلك ، والأحوال التى ينبغى قصر إجراء التحريات عليها ، وكيفية القيام بها وكيفية كتابة التقارير والمحاضر التى تتضمنها وكيفية مراجعتها ... إلخ ، ولا شك إن شأن مثل هذا إكتساب التحريات الثقة فيها وبالتالى إلتزام القائمين بها بتوخى الحقائق والدقائق فى الأمور .

ونجيز القول أن أعمال الشرطة تعتمد إلى حد كبير على " التحريات والمراقبة " التى يتولاها جهاز الأمن سواء فى

الكشف عن الجرائم بعد وقوعها وذلك يندرج تحت لواء الأعمال التنفيذية للقانون (ضبطية قضائية) أو فى إتخاذ ما يلزم من وسائل منعية وهذا يخضع للشق التقديرى للقانون (ضبطية إدارية) .

لذلك كانت " التحريات والمراقبة " - فى كلا الأمرين : منع الجريمة أو الكشف عنها - من حدودها - لا يقل عن القدر الذى ينظر به إلى سائر مكنات الشرطة فى كافة المجالات ، ولما كان المشرع - كما سبق القول - لم يتعرض لهذين الأمرين إلا تعرضاً طفيفاً ، وبصورة تكاد تكون ضمنية فليس أمامنا فى تبيان قيود وحدود " التحرى أو المراقبة " إلا أحكام القضاء وما سار عليه الفقه .

حقيقة إن التشريع الإجرائى تناول بالتفصيل فى " الفصل الأول من الباب الثانى " منه الأحكام الخاصة بجمع الإستدلالات وبيان إختصاصات وواجبات وسلطات مأمورى الضبط القضائى من حيث - قبول التبليغات والشكاوى وتحرير المحاضر والقبض والتفتيش وحالات التلبس ... إلخ ، إلا أنه على العكس لم يشر إلى حدود ومضمون تحريات الشرطة إلا بطريقة ضمنية ، ويبدو ذلك من نص المادة ١٢١ . ج عندما قالت " يقوم مأمور الضبط القضائى بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الإستدلالات التى تلزم للتحقيق والدعوى " ، وما رددته المادة ١٢٤ .ج عندما قضت بأن " يجب على مأمورى الضبط القضائى وعلى مرؤوسيهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم أو التى يعلنون بها بأية كيفية كانت " .

وهكذا نجد أن أمر " التحريات والمراقبة " من حيث قيودها - أى من حيث حدودها - ما زالت دون تنظيم صريح من المشرع ، وعلى ذلك فإن سلطة مأمور الضبط القضائى فى إجرائها متروك لإجتهاد الفقه وأحكام المحاكم ، والتحريات والمراقبة لا يخرج كل منها عن كونه تحقيقاً غير منظور - فمنها تتأتى آثار كبيرة وجسيمة : سواء فيما يتعلق بالمجال الجنائى أو الإدارى .

ففى المجال الجنائى يتعلق الأمر بإثبات الجرائم بعد وقوعها وما يعقب ذلك من البدء فى إجراءات جمع الإستدلال والتحقيق ... إلخ .

وفى الشق الإدارى يتعلق الأمر بتنفيذ القوانين أو إتخاذ المكنات الشرطية التى تسهل للجهاز الشرطى الحفاظ على عقد الأمن من ذلك التحريات التى تتم للوقوف على مدى الخطورة الإجرامية لشخص ما وعما إذا كان من مهربى المخدرات من عدمه أو الموافقة على الترخيص لشخص ما بحمل وإحراز سلاح ومدى توافر المبررات اللازمة للترخيص ... إلخ إذ لا مراء أن إصدار أى قرار إدارى بصدد مثل هذه الحالات يستلزم بالضرورة إجراء بعض التحريات خشية إصابة القرار بالعقم أو البطلان إذا طعن فيه صاحب الشأن .

يضاف إلى ذلك أن التحريات التى تقوم بها هيئة الشرطة بإعتبارها سلطة ضبط إدارى فى مجال الإنتقال

والسفر تعد اللبنة الأولى التى يحمل عليها قرار المنع من السفر ، وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى " أنه وإن كانت القاعدة تقضى بحرية الفرد فى الإنتقال من جهة إلي أخرى خارج الديار المصرية إلا أن للحكومة الحق فى منع سفر بعض الأفراد ما دامت ترى فى منعهم من ذلك دفعاً لخطرهم ، وتأميناً لسلامة البلاد وأمنها وصيانة كيانها وحماية أفراد الشعب والمجتمع من كل ما يضره ماد ام قرارها قد خلا من سوء إستعمال السلطة وما دام المنع مبنياً على أسباب جدية متصلة بالصالح العام ، ولا يغير من هذا النظر ما يقول به المدعى من مضي مدة على الأحكام الصادرة ضده فى الإتجار بالمخدرات تعيد إليه إعتباره إذ أن رد الإعتبار لا يمنع الحكومة إتخاذ تلك الإجراءات الوقائية التى من شأنها إن تحد من نشاطه فى تهريب المخدرات لمنع أثرها السىء على أفراد الشعب وهو أى رد الإعتبار - لا يعدو أن يكون من شأنه محو أثر الحكم وعقوباته التبعية لذلك فإن من حق الحكومة أن تتخذ هذا الإجراء الذى إتبعته مع المدعى ولو لم يصدر ضده أحكام سابقة ما دامت التحريات تدل على وجود نشاط فى التهريب ، تلك التحريات التى لم يضحدها المدعى ولم يقدم ما يجرح القائمين بها أو يدل على أنهم كانوا مدفوعين إليها بعامل الهوى والغرض [٣] نخلص من ذلك أن التحريات أو المراقبة من الإجراءات التى لا بد من وضع قيود وحدود لها والقضاء سواء فى شقه الجنائى أو الإدارى تعرض لحدود التحريات والمراقبة فى الكثير من أحكامه فالأول تعرض لها مثلاً فى المجال الجنائى بصدد التحريات والمراقبة ومدى كفايتها لإستصدار إذن من النيابة لضبط من يتجر فى المواد المخدرة وتفتيشه وما يتبع ذلك من السير فى إجراءات التحقيق أما الثانى فكان تعرضه بسبب ما يصدر عن هيئة الشرطة بصفة خاصة والإدارة بصفة عامة من قرارات تؤدى إلى منع أومنح بعض الحقوق أو المزايا للأفارد كالترخيص بحمل وإحراز السلاح والتصريح بعقد إجتماع أو فضه ... إلخ وذلك فى المجال الشرطى .

ومن ثم فإن أحكام القضاء بصفة عامة ستكون المرجع الأول والمعين الملهم فى تحديد وإستخلاص الإتجاهات والمبادىء التى يمكن أن تكون بمثابة الأسس المشروعة لتنظيم إجراءات التحريات والمراقبة أى حدود وقيود التحرى والمراقبة حفاظاً على حريات الأفراد .

التحريات والمراقبة والمختص بمباشرتها :

لم يقصد المشرع فى المادة ١٢٤ .ج سلطة جمع الإستدلالات وبالتالى " التحرى والمراقبة " على إعتبار أنها إحدى وسائل الإستدلال على مأمورى الضبط القضائى أنفسهم بل منحها أيضاً لمرؤوسيهم ، وقضت محكمتنا العليا بأن :

" ولا يقال أن ما فعله العسكرى هو من قبيل التفتيش الممنوع كلا بل هو من قبيل التحرى عن وجود الجرائم وجمع الإستدلالات الموصلة إلى التحقيق ، وسلطة التحرى وجمع الإستدلالات ليست مقصورة

على رجال الضبطية القضائية أنفسهم بل خولها القانون لمرؤوسيهم أيضاً كما هو صريح نص المادة العاشرة من قانون تحقيق الجنايات (م١٤ .ج) ورجال البوليس الملكى هم من مرؤوسى رجال الضبطية القضائية من رجال البوليس فلهم بهذه الصفة الحق فى إجراء التحريات وجمع الإستدلالات . ثم إنه ليس بصحيح القول بأن رجال البوليس ليس من حقهم إجراء التحريات إلا عن الوقائع التى تبلغ إليهم لأن المادة العاشرة تجيز لهم أيضاً إجراء التحريات عن الوقائع التى يشاهدونها يعلمون بها " بأية كيفية كانت " مما يفيد تخويلهم حق التحرى عن الوقائع التى يشاهدونها بأنفسهم ولو لم تبلغ إليهم من غيرهم " [٤] .

" جمع الإستدلالات الموصلة إلى التحقيق ليست مقصورة على رجال الضبطية القضائية بل إن القانون يخول ذلك لمساعديهم بمقتضى المادة العاشرة من قانون تحقيق الجنايات [٥] وعلى ذلك يجوز لرجال الشرطة المعتبرين من مأمورى الضبط القضائى إن يكلفوا مرؤوسيهم من رجال الشرطة بإجراء التحريات والمراقبة بل إن لمرؤسى مأمورى الضبط طبقاً للتشريع الإجرائى وأحكام المحاكم مباشرة سلطة جمع الإستدلالات ويندرج فيها " التحرى والكراقبة " دون تكليف خاص ما دامت طبيعة الأعمال الموكوله لهم تستلزم ذلك والتكليف الصادر من مأمورى الضبط القضائى لمرؤسيهم بإجراء التحريات أو المراقبة يستوى أن يكون عاماً أو محدداً بموضوع معين أو بواقعة معينه شفوياً أو مكتوباً محضر التحريات الذى يحرره المرؤوس فى كل هذه الأحوال يعتبر محضراً رسمياً " .

" والجاويش من مرؤوسى مأمورى الضبطية القضائية يساعدهم فى أداء ما يدخل فى نطاق وظيفتهم مادام قد كلف بإجراء التحريات وجمع الإستدلالات الموصلة إلى الحقيقة فإنه يكون له الحق فى تحرير محضر بما أجراه فى هذا الشأن عملاً بالمادة العاشرة من قانون تحقيق الجنايات (م١٢٤ .ج) [٦] .

التحرى والمراقبة وسلطة مأمور الضبط القضائى :

لا مراء أن " التحريات والمراقبة " من الإجراءات التى من شأنها النيل والمساس بالحريات العامة لذلك كان لابد من قصر القيام بها على مأمرو الضبط القضائى بحيث لا يترك الأمر فى إتخاذها لمرؤوسيهم إلا عند الضرورة وتحت إشرافهم خشية العبث بحريات الناس أو إنتهاك حرمات المساكن لا سيما أن التحرى والمراقبة فى كثير من الحالات يترتب عليها نتائج ماسة بالحريات نظراً لما قد يعقبها من ضبط أو تفتيش وما يتبع ذلك .

فمن يتحرى ويراقب أحد الأفراد لتأكيد تجارته فى المواد المخدرة ويضبط محضراً بالنتيجة يعرض على النيابة للإذن بتفتيش هذا الشخص ثم يقوم بتنفيذه دون أن تكون التحريات على درجة كافية من الجدية والحيدة فيه إعتداء سافر على حريات الأفراد قد يقال إن إستصدار الأذن بعد " المراقبة والتحرى " من الأمور التى تخضع لرقابة سلطة التحقيق

ومحكمة الموضوع ولكن متى ؟ بعد أن تكون التحريات قد إنتهكت والحرمات قد سلبت لا سيما وإن المشرع لم يورد أي قيد على سلطة مأمور الضبط القضائي من شأنه الحد من السبل المؤدية إلى ضبط الجرائم وجمع التحريات اللهم اللامراعاة حريات الأشخاص وحرمات مساكنهم وعدم المساس بالنظام العام وحسن الأداب [٧] وذلك في صورة عامة دون إيضاح أو تفصيل .

وأخيراً لا يمكن أن نتناسى أن سلطات التحقيق تعتمد - في غالبية الأمور - في الأذن بالقبض والتفتيش على " التحريات والمراقبة " دون إشتراط وجود تحقيق مفتوح إذ يكفي تقديم تقرير بنتيجة التحريات ودون إشتراط تحرير محضر بها .

وقضى بأن " لا يشترط لصحة الأذن في التفتيش الصادر من النيابة العمومية أن يسبقه عمل من أعمال التحقيق بل يكفي أن يكون الطلب مصحوباً بتحريات أو ببلاغ يكفي بذاته في نظر النيابة لصدر إذنها في التفتيش [٨] .

وقد تدارك المشرع ذلك مؤخراً إذ إشترط صراحة أن يكون أمر التفتيش مسبباً (م١٩١ ج) جماع ما تقدم أن " التحريات أو المراقبة " من الأمور الهامة التي يجب قصرها على مأمور الضبط القضائي خشية إهدار الحريات وإنتهاكها [٩] فالحرية الشخصية هي ملك الحياة الإنسانية لا تخلقها الشرائع بل تنظمها ولا توجدها القوانين بل توفق بين شتى مناحيها ومختلف توجيهاتها لا سيما وقد ثبت تزايد محاضر التحري زيادة جسيمة وكون أغلبها يتم نتيجة إستيقاف متسرع من أحد رجال الحفظ يلحق إقتياد محتوم إلى قسم الشرطة للتحري عن المشتبه فيه " .

ومن دراسة ميدانية إحصائية قامت بها أكاديمية الشرطة " قسم التدريب " عام ١٩٧١ إتضح إن ثمة أرقام توحي بإساءة هذه السلطة في التحري عن طريق الإستيقاف فقد وضح من إحصائية " مديرية أمن القاهرة " إن مجموع محاضر التحري التي تمت عام ١٩٧٠ بلغت (٣٠٣٨٠) محضراً تقيد منها ٢٨٢٩٠ محضراً برقم إداري ١٤٩٠ محضراً برقم جنحة إشتباه أو أرفق بها - ومن ثم تكون النسبة هي ٩٥٫٠٢٪ إلى ٩٨٫٤٪ وأرجعت ذات الدراسة هذا التجاوز الخطير إلى إنحراف القائم بالتحري عن رسالة الشرطة أو عن طريق تجنب المصلحة العامة أو عن طريق عدم مراعاة الشروط الواجب توافرها وذلك لدافع الإنتقام أو المصلحة الشخصية أو حب إظهار السلطة ... إلخ .

ورأى عدد مجيد من ضباط شعبة البحث الجنائي بمديرية أمن القاهرة عدم جدوى السماح لرجال الشرطة من غير مأموري الضبط القضائي إستعمال سلطة التحري إذ أجاب ٧٩٪ منهم سلباً وطلب ٨٢٪ قصرها على الضباط دون غيرهم وأجاب بعض المواطنين أن تعسف رجال السلطة العامة وقع ٧٪ منه عن طريق ضباط الشرطة ٩٣٪ عن طريق الصف والجنود وطالب ٩٢٪ من أصحاب " إستمارات

الإستيفاء " بقصر سلطة التحرى على ضباط الشرطة دون غيرهم .

وهكذا - وإزاء تلك الأرقام التى تشير إلى الواقع الفعلى - يجدر القول بضرورة قصر التحرى والمراقبة على مأمور الضبط القضائى من رجال هيئة الشرطة .

رقابة محكمة الموضوع والتحريات والمراقبة :

إستقرت المحاكم على أن " لا يعيب التحريات أن رجل الضبطية القضائية لم يحرر محضراً بها فالمشرع لم يستلزم منه ذلك إذ يكفى إن يقرر فى التحقيق إنه قام بمباشرة تحريات ويدلى بما أسفرت عنه إذ أن تقدير أدلة الدعوى من خصائص محكمة الموضوع حسبما تطمئن إليه " (١٠) .

ولا يشترط لصدور إذن النيابة بتفتيش المنازل أن يكون قد حرر محضر يتضمن التحريات الى تبرر صدور هذا الإذن بل يكفى أن تتضمن هذه التحريات تقرير يقدمه ضباط الشرطة للنيابة ، وذهب القضاء إلى حد القول إنه يجوز للمحكمة أن تعول فى قضائها على تحريات مجهولة وأن تعتبرها معززة للأدلة المقدمة فى الدعوى (١١) لأن مصادر البيانات والمعلومات قد تكون من المصادر السرية التى ترى الإدارة لصالح الأمن عدم الكشف عنها (١٢) وليس من الضرورى لإعتبار التحريات جدية أن ينتهى الأمر بإثبات ما تستقدمه التحريات من وقائع فجدية التحريات وكفايتها موضوع مستقل فى تقديره عن نتيجتها (١٣) ، وقضى بأن " لا يعيب إجراءات التحريات أن تبقى شخصية المرشد غير معروفة ولا يفصح عنها رجل الضبط القضائى الذى إختاره لمعاونته فى مهمته (١٤) فكل ما يشترطه القانون لصحة التفتيش الذى تجريه النيابة أو تأذن فى إجرائه بمسكن المتهم أو ما يتصل بالشخص هو أن تكون هناك جريمة معينة ، وليس من الضرورى أن تقتصر التحريات على الوقائع التى تبلغ إلى مأمورى الضبط لأن القانون يجيز لهم أيضاً إجراء التحريات عن الوقائع التى يعلمون بها بأية كيفية كانت (١٥) بل ويجوز أن تستخلص حقيقة ما ينقله شخص إلى مأمور الضبط القضائى وأن يكون ذلك منقولاً على لسان الشخص الأخير فالعبرة هى بالثقة فى التحريات طبقاً للظروف التى أجريت فيها (١٦) .

ومن حيث الإختصاص فإنه لا يبطل التحريات أن يقوم مأمور الضبط القضائى ، وهو بصدد إجراء تحريات فى إختصاصه المكانى - بإجراء تحريات أخرى فى غير دائرة إختصاصه إقتضتها ضرورة التحريات الأولى (١٧) .

وقضت محكمتنا العليا بقولها " إنه من الواجبات المفروضة قانوناً على رجال الضبطية القضائية وعلى مرؤوسيهم أن يستحصلوا على جميع الإيضاحات وأن يجروا جميع التحريات اللازمة لتحقيق الوقائع الجنائية التى تبلغ إليهم ، وقيام النيابة العمومية بإجراء التحقيق بنفسها لا يقتضى قعود هؤلاء المأمورين عن القيام إلى جانبها بهذه الواجبات فى ذات الوقت الذى تباشر فيه عملها وكل

ما في الأمر أن المحاضر الواجبة على أولئك المأمورين تحريرها بما وصل إليه بحثهم ترسل إلى النيابة لتكون عنصراً من عناصر الدعوى تحقق النيابة ما ترى وجوب تحقيقه منها [18] .

وعلى ذلك فقيام النيابة بالتحقيق في الوقائع لا يمنع رجال الضبط من الإستمرار في التحريات وجمع الأدلة فإذا تم إخطار النيابة بحادث هو " جناية قتل " فإن تولى النيابة التحقيق لا يمنع من إستمرار ضابط المباحث في التحري عن الحادث لتقوية الأدلة .

جماع ما تقدم أن القضاء المصرى قد تواترت أحكامه على أن جدية التحريات أو عدم جديتها من المسائل الموضوعية التي تخضع لرقابة محكمة الموضوع فهي تترخص بفحص مدى جديتها ، وعلى ذلك فتقدير كفاية التحريات الى تتولاها الشرطة لا يترك الأمر فيها لسلطات الأمن دون إشراف أو تعقيب من سلطات التحقيق أو القضاء [19] تعمل فيها سلطتها التقديرية دون رقابة محكمة الموضوع .

هذا والقضاء المصرى إستقر على أن الخطأ في ذكر إسم الشارع في محضر التحريات الذي يقع به منزل المتهم لا يجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض .

وقضى بأن " كانت المحكمة قد إطمأنت إلى أن المتهم هو الشخص الذي كان محلاً للتحريات وهو دون غيره المقصود بالتفتيش وكانت جدية التحريات وكفايتها لإصدار الإذن هي من المسائل الموضوعية التي يوكل الأمر فيها إلى سلطات التحقيق ، فإن ما إرتأته سلطة التحقيق من جدية وكفاية التحريات على رغم الخطأ في إسم الشارع الذي يقع به منزل الطاعن لا يجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض [20] .

التحريات إجراء إستدلالي أم تحقيقي؟

التفتيش في الأصل إجراء من إجراءات التحقيق وبالتالي فهو لا يعد مجرد عمل إدارى أو إجراء شرطى - إلا في حالات خاصة - يقصد إماطة اللثام وكشف النقاب عن مدى توافر الشروط التي أوجبها القانون إزاء حالات معينة لمنح الترخيص أو منعه أو للكشف عن الجريمة ومنع وقوعها إذا بدت لها بادرة دنيا ، والتفتيش - غالباً وأبداً - يتم بعد وقوع الجريمة بالفعل وتوافر الدلائل الكافية قبل شخص معين إرتكابها ولذلك فهو إجراء يتخذ في سبيل تأكيد الأدلة والقرائن للكشف عن الجنايات والجنح وحينئذ يعد إجراء تحقيقي يمس حرية الشخص وحرمة مسكنه ويجوز مباشرته عنوة (م.١٦٠ ج) .

ومن ثم فهو عمل تنفيذى يقوم به رجل الضبط القضائي تنفيذاً للقانون كلما توافرت شرائطه وحدوده التي أوضحها التشريع الإجرائي المصرى .

أما التحريات فتخرج عن هذا المعنى إذ لا ترقى إلى كونها إحدى إجراءات التحقيق بل هي إحدى إجراءات جمع الإستدلالات دائماً وأبداً .

ومرجع ذلك إنها إحدى التدابير الشرطية التي يقصد بها كفالة منع وقوع الجريمة إذا ما تبدى الخطر والإخلال بالقانون

أو ضبط الجريمة بعد إقترافها إذا ما تحول الخطر إلى ضرر إذ عن طريقها يسهل ضبط الفاعل وتقوية الأدلة قبله أي إنها إحدى الإجراءات اللازمة والضرورية قبل إجراء التفتيش على إعتبار أنها تؤدى إلى الكشف عن النقاب والوقوف على الحقيقة لإمكان إجراء التفتيش إذ بدون تحقق ذلك يكون التفتيش قد فقد إحدى الأركان التي أوجب المشرع توافرها ، وهو ضرورة إرتكازه على أمر مسبب وقد قضى بأن " التحريات لها أهمية كبرى فى القبض والتفتيش كأن يتلقى رجل البوليس بلاغاً عن جريمة فإن مجرد الإبلاغ دون إجراء تحريات وتثبت من الحقيقة لا يسوغ له القبض على الأشخاص أو تفتيشهم [٢١] .

والتحريات وإن كانت تمس الحريات العامة التى كفلها الدستور والقانون إلا أن هذا المساس غالباً ما يكون بصورة غير مباشرة وبعيدة عن شخص المتحرى عنه فليس للقائم بها أصلاً التعرض للشخص الجارى التحرى عنه للوقوف على الحقيقة أو إتمامها بالقوة - كما هو الشأن فى التفتيش إذ يجوز مباشرته عنوة - لا سيما إذا كان الخطر لم يتحول بعد إلى ضرر يضاف إلى ذلك أن طبيعة هذا الإجراء تمنع القائم به من التعرض للشخص المتحرى عنه خشية إكتشاف أمره فيأخذ حذره ومن قبيل إجراءات التحرى ترتيب الحراسات ووضع الكمائن إذ أن تلك الإجراءات ترمى إلى الكشف عن مدى الخطورة الإجرامية فقط ، ونود أن نشير أنه يخرج من مجال بحثنا حالة ضبط بعض الأشخاص لإستجلاء حقيقتهم والتحرى عن معيشتهم من خلال سؤالهم ومناقضاتهم والإطلاع على ما يحملون من أوراق تثبت شخصيتهم وفحص حالاتهم بالرجوع إلى سجلات السوابق والإتهامات ، وعلى الرغم من ذلك نوجه نظر رجال الشرطة إلى أنه يجب عليهم - بالنسبة لهذه الحالة - أن يتأملوا ما يحيق بالفرد الذى يتم القبض عليه بدعوى التحرى عن طرق تعيشه دون أن يكون لذلك أى مبرر سوى مصادفته له فى حالة إشتباه ، وهو وصف يستطيع الإنسان - إذا أراد - أن يلصقه بكل سائر فى الطريق ثم يدفع به بعد ذلك يوماً أو أياماً فى أماكن الحجز دون مبالاة لما قد يترتب على ذلك من إنقطاع رزقه ... إلخ .

ثم يتضح بعد ذلك أن هذا المحجوز له مهنته الشريفة وإن كل ذنبه هو إنه فقير الحال والمظهر .

الطبيعة الذاتية للتحريات :

نستطيع أن نتعرف على ماهية التحريات وطبيعتها الذاتية إذا ما بينا الغرض منها فالتحريات التى يقوم بها مأمور الضبط تهدف إلى غرضين أساسيين :

١- التعرف على المذنب بين الجمهور .

٢- جمع الإستدلالات التى تؤيد الإتهام قبله .

ويتحقق الغرض الأول عن طريق الإشتباه وجمع المعلومات والإيضاحات .

أما الغرض الثانى فإنه يتوافر عن طريق سماع شهود الواقعة أو الإتهام والتعرف على الإدلة المادية الأخرى .

فالشخص فى أول الأمر يكون مشتبهاً فيه يصبح بعد ذلك متهماً ويطلق على هذه المرحلة " مرحلة الإستقصاء " أى مرحلة الإشتباه وجمع المعلومات أما مرحلة جمع الأدلة ضد شخص بعينه فهى مرحلة الإتهام التى يصبح فيها المشتبه فيه متهماً (٢٢).

وشرعية التحريات تستند إلى المبدأ القائل بأن الصالح العام يجب أن يغلب على المصلحة الفردية ، وهذا يستوجب الحد من الحريات الشخصية بعض الشىء فى سبيل تحقيق تلك النتيجة ، وإستغلال شخص ما لمسكنه وإساءة إستعماله له فيما يخالف القانون يدعو للتدخل فى حريته الشخصية والحد منها هذا التدخل يجب أن يسبقه إجراء تحريات بشأن هذا الشخص للتأكد من إرتكابه بالفعل المخالف للقانون هذا الفعل يبدو فى إحدى صور ثلاث :

(أ) إما وقوع جريمة معينة .

(ب) إما توافر إمارات ضد شخص معين على إرتكاب جريمة أو إشتراكه فيها .

(ج) أن تدل المظاهر على أن التفتيش سوف يكشف عن جريمة ، وبالطبع لابد للتحقق من توافر إحدى هذه الحالات أن يسبق ذلك تحقيق تجربة النيابة العامة أو اشرطة أو إحدى الجهات الرسمية المختصة حتى يمكن إستصدار الإذن بالتفتيش معنى ذلك أن التحريات دائماً تسبق التفتيش .

والقضاء توافرت أحكامه على أنه يكفى الإستصدار الإذن وجود تحريات سابقة وأبحاث جدية كشفت عن أن شخصاً معيناً أرتكب أو مازال يرتكب جريمة معينة سواء كان يحمل جسمها أو آثار لها معه أو فى مكان يشغله أو يشغله أخرون أو كان قد تخلص من جميع أثارها .

وفى ذلك تقول محكمة النقض " يكفى لصحة إذن النيابة بالتفتيش أن يكون رجل الضبطية القضائية قد علم بتحرياته وإستدلالاته أن جريمة وقعت وإن هناك دلائل وأمارات قوية ضد من يطلب الإذن بتفتيش مسكنه فإذا كان طلب الإذن مبنياً على وقوع جريمة الترويج للمذهب الشيوعى الذى من مقاصده قبل نظم الدولة بالعنف والقوة فإن النيابة تكون قد أخطأت فى القانون (٢٣) .

لنا كلمة أخيرة هى أن التفتيش يتميز بعنصر القهر بمعنى إنه يخول لمن يباشره سلطة تنفيذه بالقوة الجبرية إذا لم يذعن المتهم لإجرائه أو بدت منه مقاومة أثناء مباشرته أى يكون لمن يباشر إجراء أن يتخذ كل ما من شأنه أن يمكنه من القيام بمهمته ولو كان ذلك بطريق الإكراه أما التحريات فلا تتوافر فيها هذه الخصيصة إذ هى على العكس يلزم أن تتم بطريق خفى وسرى حتى لا يصل أمرها إلى علم الشخص الجارى التحرى عنه ، وحسبنا أن التفتيش يثير عدة مشكلات أهمها فى نظرنا " التحريات وحدودها وكفايتها " لإستصدار إذن النيابة بإجراء التفتيش فطالما دفع المتهمون أمام القضاء بعدم جدية التحريات وكفايتها ودقتها ، وإن كانت محكمتنا العليا قد إستقرت على أن تقدير جدية التحريات التى يقوم عليها إذن التفتيش متروك للنيابة تحت إشراف القضاء (٢٤) ، وإن جدية التحريات موضوع مستقل فى تقديره عن نتيجتها .

الأساس القانونى للتحريات :

هناك مصدران أساسيان نرد إليهما شرعية التحريات وأساس قانونيتها أحدهما مصدر مباشر وهو ما قضت به المادة ١٢١.ج " من قيام مأمور الضبط القضائى بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الإستدلالات التى تلزم للتحقيق فى الدعوى " وكذا ما قضت به المادة ١٢٤.ج من أن " يجب على مأمورى الضبط القضائى ومرؤوسيهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع الى تبلغ إليهم أو التى يعلنون بها أى كيفية كانت " .

أما المصدر غير المباشر فنستطيع أن نستخلصه من القانون الصادر بشأن هيئة الشرطة فقد قضت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ بأن تختص " هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام والأمن العام وبحماية الأرواح والأعراض والأموال وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها كما تختص بكفالة الطمأنينة للمواطنين فى كافة المجالات وبتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات " .

ولا مراء أن تحقيق مثل هذه الأغراض سواء تلك الواردة فى قانوننا الإجرائى أو قانون هيئة الشرطة لا يمكن أن تتأتى إلا عن طريق التحريات أولاً ، ولما كان هذا الإجراء يتضمن – فى حقيقته – التعرض لحرمات الأفراد فإنه لا يجوز البته أن يخرج عن الغرض الذى شرع من أجله ، وبالتالى لا يجوز مباشرته إلا إذا كان القصد منه تحقيق إحدى النتائج المشار إليها فى النصوص حتى يصطبغ بالقانونية والشرعية . وإلا كان إحدى وسائل التلصص على الأفراد والتجسس على الحرمات بدون أى مبرر أو سند من قانون ، وعلى ذلك لا يجوز إجراء تحريات عن علاقات شخصية أو أمور تتصل بالسلوك الشخصى للناس أو بأسرارهم الخاصة إلا إذا كان الغرض من ذلك الكشف عن جريمة معينة .

هذا ويشترط جدية التحريات لصدور إذن النيابة بالتفتيش ، وقضى بأن " تقدير كفاية التحريات وجديتها متروك لسلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع فمتى أقرتها عليه فإنه لا يجدى نعيه أن أمر التفتيش صدر بناء على تحريات غير جدية [٢٥] ، وعلى ذلك فالتحريات الشرطية التى يؤسس عليها طلب الإذن بالتفتيش يرجع فى تقدير كفايتها وجديتها إلى سلطة التحقيق حين تصدر الإذن على أن تقرها فى ذلك محكمة الموضوع فإذا كان الحكم قد قال " إن تقدير الدلائل المؤدية إلى صحة الإتهام هو من حق مأمور الضبطية القضائية يرجع فيها إلى نفسه فإنه يكون قد أخطأ فى تفسير القانون مما يعيبه نقضه [٢٦] .

وعلى ذلك فإن تأصيل تلك الأمور تستلزم منا التعرض للتحرى وقيوده وجزاء مخالفة هذه القيود وكذا المعايير الموضوعية اللازمة لإعتبار التحريات إنها قد إكتسبت الجدية .

معيار جدية الاحريات - عناصر التحريات:

قلنا أن التحريات يلزم أن تكتسى بالكفاية والجدية لإمكان إستصدار الإذن بالتفتيش فما هو معيار جديتها ؟ ، وما هى تلك العناصر الموضوعية التى يلزم توافرها لإماكن وضعها بذلك ؟ نستطيع أن نجمل تلك العناصر فى الأمور التالية :

١- تعيين الشخص أو الأشخاص المراد تفتيشهم .

٢- تعيين المكان الذى زاول فيه الشخص المطلوب تفتيش نشاطه .

٣- بيان الجريمة الجارى جمع الإستدلالات بشأنها .

٤- بيان مدى صلة الشخص المراد تفتيشه بالجريمة محل التحرى أو بإشتراكه فى إرتكابها .

٥- بيان ساعة وتاريخ تحرير محضر التحريات .

٦- بيان إسم من قام بالتحريات ووظيفته .

٧- إثبات متى تأكد القائم بالتحريات من صحة المعلومات التى نمت إليه سواء علم بها من تلقاء نفسه أو من طريق آخر ما أسفرت عنه المراقبة من نتائج .

أولاً : تعيين الشخص المراد تفتيشه :

يلزم أن تتضمن التحريات بادىء ذى بدء تعيين الشخص أو الأشخاص المراد إتخاذ الإجراء قبلهم تعيناً للجهالة ذلك لأن أول ما يتعين به الشخص هو أسمه بالطبع فضلاً عن وظيفته ومحل إقامته وهذا ما قضت به المادة ٣٨ من التقنين المدنى إذ قالت " يكون لكل شخص إسم ولقب الشخص يلحق أولاده " فيتعين على رجل الشرطة إذن لإمكان إجراء التفتيش أن يتحرى إسم الشخص المراد تفتيشه [٢٧] .

وهنا تدق مسالتان : الأولى وهى الخطأ فى إسم الشخص المراد تفتيشه والثانية إنصراف إذن التفتيش لأشخاص غير معينين بأسمائهم فى الإذن .

( ) الخطأ فى إسم الشخص المطلوب تفتيشه :

يدفع المتهم كثيراً أمام المحكمة ببطلان التفتيش على إعتباره وجود خطأ ما لحق بإسمه الثابت فى إذن التفتيش ، وإثارة هذا الدفع يتم عادة فى قالب عدم كفاية التحريات أو عدم جديتها ودقتها إلا أن محكمتنا العليا إستقرت على أن الخطأ فى إسم الشخص الصادر به أمر التفتيش ليس من شأنه أن يبطل الإجراء متى كان الشخص الذى إتخذ فى حقه هو بعينه المقصود [٢٨] ، وكانت شخصية محدودة تحديداً كافياً فى الإذن عن طريق تعيين مسكنه المطلوب تفتيشه كما وإن صدور إذن التفتيش بإسم شخص أشتهر به فى المحيط الذى يعمل فيه لا يقتدح من صحته [٢٩] ، والرأى عنده أن تحديد إسم الشخص المراد تفتيشه فى المحضر الخاص بتحريات الشرطة تعيناً دقيقاً أو ضرورى ولازم .

وبذلك تنتفى مظنة الخطأ فى تفتيش شخص غير الشخص الصادر الأمر بتفتيشه - لا سيما وإن هذا لا يكلف مأمور الضبط القضائى إلا جهداً يسيراً فى تحرى الدقة - وبالتالى يصبح التفتيش الذى يجريه بمنأى عن كل شائبة قد تعرضه للبطلان .

ب) إنصراف إذن التفتيش إلى أشخاص آخرين :

قد ينصرف الإذن بالتفتيش إلى تفتيش شخص أو أشخاص آخرين غير معينين بأسمائهم فيه كما لو صدر الأمر بتفتيش شخص معين ثم ذيل بتفتيش من عساه يتواجد معه أثناء التفتيش فما هو مدى صحة التفتيش الحاصل على شخص هؤلاء الأخريـن .

لا مراء أن التفتيش الحاصل فى هذه الحالة يكون صحيحاً بالنسبة للأشخاص الآخرين على أساس مظنة إشتراكهم فى إرتكاب الجريمة التى أذن من أجلها بالتفتيش وقضى بأن : إذا كانت النيابة بعد التحريات الى قدمها البوليس إليها قد أمرت بتفتيش شخص معين ومن قد يتفق وجودهم معه فى وقت التفتيش على أساس مظنة إشتراكهم معه فى الجريمة التى أذن بالتفتيش من أجلها فإن الإذن الصادر بالتفتيش بناء على ذلك يكون صحيحاً وبالتالى يكون التفتيش الواقع على الطاعن ومن كل يرافقه فى الطريق صحيحاً أيضاً دون حاجة لأن يكون المأذون بتفتيشه معه مسمى بأسمه أو يكون فى حالة تلبس بالجريمة قبل تنفيذ الإذن وحصول التفتيش [٣٠] .

أما إذا كان إذن النيابة منصباً على ضبط شخص وتفتيشه وتفتيش مسكنه ومحل تجارته ومن يكون معه فى أثناء الضبط والتفتيش وكان الثابت من الحكم إن زوجة هذا الشخص لم تكن معه وقت ضبطه وتفتيشه بل كانت وحدها فى المحل الذى ضبطت هى فيه وفتشت ولم تكن كذلك فى حالة من حالات التلبس بالجريمة التى تجيز التصدى لها بالضبط والتفتيش فإن تفتيشها يكون باطلاً ويبطل تبعاً الدليل المستمد منه [٣١] .

وإذا كان مأمور الضبط القضائى قد إستصدر أذناً بتفتيش منازل عدة أشخاص إلا أنه قصر تنفيذه على أحدهم دون الأخرين الذى إشتمل الإذن على أسمائهم فإن ذلك لا يعيب الإجراءات ولا بطلان فيه [٣٢]

ثانياً تعيين المكان المطلوب تفتيشه :

هذا هو العنصر الثانى من العناصر الموضوعية للتحريات وهذا العنصر يوجب على مأمور الضبط أن يحدد فى طلب الإذن بتفتيش المكان المراد تفتيشه تحديداً دقيقاً وواضحاً وإن كان الخطأ فى تحديد المكان لا يؤدى إلى البطلان .

وفى ذلك تقول محكمتنا العليا " فمتى كان الحكم قد استظهر بأدلة سائغة أن الشخص الذى حصل تفتيشه فى الواقع هو بذاته المقصود بأمر التفتيش فإن إغفال الرد على المأخذ الخاص بالخطأ فى عنوان مسكنه لا يجده متى إطمأنت المحكمة إلى أنه هو بذاته الشخص المقصود من إصدار الإذن [٣٣] .

كما قضى بأن إستعانة الضابط بمن أرشده عن المنزل المطلوب تفتيشه لا تفيد بذاتها عدم جدية التحريات التى باشرها بنفسه أو من طريق أعوانه [٣٤] .

كما إستقر القضاء على أنه إذ كان المحل الذى صدر إذن

النيابة بتفتيشه غير مملوك للمتهم ولكنه تحت إدارته فلا يجوز التمسك محضر التفتيش بدعوى إن الإذن لم يذكر فيه سوى إسمه لا إسم المالك .

ثالثاً : بيان الجريمة الجارى جمع التحريات بشأنها :

يشترط أن يتضمن المحضر الخاص بتحريات الشرطة بياناً دقيقاً عن الجريمة الجارى جمع التحريات أو الإستدلالات أو التحقيق بشأنها فالتفتيش يتحدد بجريمة معينة بالذات ، وقد نصت المادة ١٥٠ .ج على ذلك صراحة إذ قالت : " لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجارى جمع الإستدلالات أو الحصول التحقيق بشأنها" .

وفى أحد القضايا دفع المتهم ببطلان إذن التفتيش على إعتبار عدم وجود جريمة معينة نسبت إليه ، ولها من الأمارات ما يبيح التصدى لحريته الشخصية ولحرمة مسكنه ، وفى ذلك قالت محكمة النقض بأنه " متى كانت النيابة حين أصدرت الإذن بالتفتيش قد رأت أن تحريات البوليس كافية لتسويغ هذا الإجراء وأقرتها على ذلك محكمة الموضوع فإن إذن التفتيش يكون قد صدر وفقاً لأحكام القانون (٣٥) .

والرأى عندى أن يكفى المسوغ الذى يخير إستصدار الإذن بالضبط أو التفتيش أن تتركز لدى رجل الشرطة من مجرى التحريات العقيدة الكاملة بإرتكاب المتهم للجريمة التى يطلب الإذن بشأنها أو أن تكون التحريات قد إنتهت بوثوق من أن للمتهم نشاطاً إجرامياً معيناً بمعنى أن يكون قد وثق من أن الخطر فى درجاته الدنيا مما يمكن أن يتحول فيما بعد إلى ضرر أو أن الخطر قد بدى فعلاً فى صورة الضرر .

رابعاً : بيان الصلة بين الشخص المراد تفتيشه وبين الجريمة المرتكبة :

يلزم أيضاً لإعتبار التحريات من الجدية والدقة والكفاية بمكان أن تتضمن بيان مدى إتصال الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش سكنه بالجريمة التى تجمع الإستدلالات أو يجرى التحقيق بشأنها فإذا كانت المحكمة قد أقرت النيابة على ما رأته من أن بلاغ الضابط كاف لإتصال المتهم بالجريمة وإعتمدت فى الإدانة على ذلك كان إعتمادها صحيحاً (٣٦) .

وقضى بأن " يكفى لصحة إذن التفتيش أن يكون رجل الضبطية القضائية قد علم بتحرياته وإستدلالاته أن جريمة وقعت وأن هناك دلائل وأمارات قوية ضد من يطلب الإذن بتفتيش مسكنه فإذا كان طلب الإذن مبنياً على وقوع جريمة الترويج للمذهب الشيوعى الذى من عناصره قلب نظام الدولة بالعنف والقوة فإن النيابة إذ أذنت بالتفتيش لا تكون قد أخطأت فى القانون (٣٧) .

خامساً : إثبات ساعة وتاريخ تحرير محضر التحريات وتنفيذ الإذن بالتفتيش :

يجب مباشرة التفتيش خلال المدة المأذون بإجرائه خلالها لا بعد إنقضائها والقاعدة هى عدم إحتساب اليوم الصادر فيه الإذن وعلى هذا إستقر القضاء وقضى بأن القواعد العامة المقررة لحساب المواعيد فى قانون المرافعات تقضى بأن

لا يدخل فى حساب المدة التى حددت فى إذن التفتيش لإجرائه فيها اليوم الذى صدر فيه الإذن فإن إدخال هذا اليوم فى الحساب يترتب عليه دائماً نقص فى مقدارها [٣٨] .

وإنقضاء الأجل المحدد للتفتيش فى الأمر الصادر به لا يترتب عليه البطلان وفقط لا يصبح تنفيذ مقتضاه بعد ذلك إلى أن يجدد مفعوله هذا والإحالة عليه بصدد تجديد مفعوله جائزة ما دامت منصبة عليه ما لم يؤثر فيه إنقضاء الأجل المذكور [٣٩] .

سادساً : بيان إسم من قام بالتحريات ووظيفته :

إثبات إسم من قام بالتحريات ووظيفته أمر ضرورى تبدو أهمية ذلك فى مسألة الإختصاص المركزى أو الأقليمى . وقيام أى من رجال الضبط القضائى بتنفيذ إذن التفتيش - ما لم يكن قد عين فيه من يقوم بتنفيذه - لا يترتب عليه أى بطلان . كما لا يشترط أن يقوم بالتفتيش مأمور الضبط القائم بإجراء التحريات .

فالإذن الذى يصدر من النيابة بإجراء تفتيش محل المتهم لا يشترط أن يكون معيناً به من يقوم بإجراء التفتيش من رجال الضبط القضائى فيصح أن يتولى التفتيش أى واحد من هؤلاء ما لم يكن الإذن قد أختص أحداً معيناً بذلك - ولو كان غير الذى طلب الإذن له .

سابعاً : إثبات وثوق طالب الإذن من صحة التحريات وقيامه بالمراقبة :

لا مندوحة أن التحريات أمر ضرورى ولازم قبل مباشرة القبض والتفتيش فتلقى رجل الشرطة بلاغاً عن جريمة ما لا يسوغ له القبض على الأشخاص أو تفتيشهم [٤٠] قبل التثبت من صحة نبأها وهذا بالطبع يحمل فى معناه ضرورة إجراء تحريات بشأنها على حقيقتها ثم تسجيل ما أسفرت عنه التحريات وما أيدته المراقبة فى محضر يعرض على النيابة للإذن بالتفتيش ، وسوف نزيد هذا الأمر إيضاحاً فى الفصل المخصص للكلام عن المراقبة [٤١] .

الخلاصة :

تلك أهم العناصر التى يجب توافرها عند ضبط محضر بتحريات الشرطة قبل تقديمه لسلطة التحقيق للإذن بالتفتيش وهنا فقط يمكن القول بكفايتها وجديتها لإستصدار هذا الإذن بحيث يكون صحيحاً فى القانون لا مطعن عليه ينال منه أو يزعزع الثقة فيه ، وتنفيذ الأمر الصادر بتفتيش المتهم مقيد بعدم التعسف فى إستعمال الحق أو تجاوز حدود السلطة من جانب مأمور الضبط القضائى حقيقة أن تنفيذ أمر التفتيش قد يقتضى الحد من حرية المتهم حتى ولو جاء خلواً من أمر صريح بالقبض أو إستعمال القوة - ولكن هذا مقيد بالقدر اللازم لإمكانية إجرائه ، وقضى فى هذا المعنى بأن " إذا كان إذن النيابة فى تفتيش متهم لا يحول - بحسب الأصل - القبض عليه إلا أنه إذا كان المتهم لم يذعن للتفتيش أو بدت منه مقاومة فى أثناء ذلك كان لمن يباشر إجراؤه أن يتخذ كل ما من شأنه أن يمكنه من القيام بمهمته ولو كان ذلك بطريق الإكراه [٤٢] .

ومن ثم يجوز إستعمال الإكراه بالقدر اللازم لإجراء التفتيش وهذا بالطبع نخضع لرقابة محكمة الموضوع .

شرعية التحريات وحدودها من الناحية الشكلية :

عرضنا للعناصر الموضوعية " للتحريات " من قبل والأن نتناول التحريات وحدودها وقيودها من الناحية الشكلية أى الحدود والشرعية التى يجب مراعاتها عند إجراء التحريات بحيث إذا روعيت تلك الحدود أنتجت التحريات أثارها بتفاعلها مع تلك العناصر الموضوعية ونأت عن كل بطلان وناهيك إن الحدود الشرعية للتحريات من الأهمية بمكان بحيث أن أى تجاوز لقيودها يعرضها للبطلان وبالتالى يمتد هذا البطلان إلى جميع الإجراءات التالية لها . إذ أن ما بنى على الباطل فهو باطل .

وهذه الحدود هى شرعية الهدف وشرعية الوسيلة :

١ - شرعية الهدف :

لا شك إن أول حدود التحرى من الناحية الشكلية هو شرعية الهدف بمعنى أن يجب أن يكون المبرر لإجراء التحريات فى حدود الإختصاصات والمكنات الشرطية التى منحها المشرع لهيئة الشرطة سواء تلك الواردة فى التشريع الإجرائى (م٢١ ، ٢٤ أ.ج) أو فى قانون هيئة الشرطة (م٣ من القانون ١٠٩ لسنة ١٩٧١) أو فى أى تشريع آخر وفى دائرة الإختصاص الأقليمى للقائم بها مما نطلق عليه شرعية الإختصاص . خاصة وإن غالبية هذه النصوص التشريعية قد بينت وفصلت تلك المكنات الشرطية تفصيلاً كاملاً مما يتعين التقيد بقيودها . ،من ثم فلا محل لتجاوز رجل الضبط القضائى تلك الحدود القانونية . وإلا إنطوى هذا التجاوز على معنى الإعتداء على الحريات الشخصية ، ولا مراء أن مجاوزة الحدود القانونية للإختصاص أو السلطات تنطوى على بطلان يستوجب المسئولية .

فشرعية الهدف توجب على مأمور الضبط القضائى ضرورة إنحصار إجراءات التحريات فى مجال أداء أحد الإختصاصات الوظيفية الموكولة له .

وفى سبيل ذلك يلتزم بالمحافظة على الأعراض والحرمات . فلا يكشف القناع عن الأسرار إلا بالقدر الللازم وفى الحدود التى تمكنه من أداء واجبه . حتى يضمن للأفراد سبل الإستقرار والأطمئنان تمكيناً لهم من التمتع بحريتهم الشخصية وحرمة مسكنهم التى كفلها لهم الدستور والقانون بمعنى أن التحريات يجب أن تنأى عن إشباع الهوى أو الإنتقام أو التشفى أو التظاهر بمظهر صاحب السلطان ...إلخ .

فأستيقاف شخص ما لم يضع نفسه موضع الريبة أو الشك للتشفى منه - بزعم إجراءات تحريات عنه وإقتياده بعد الإمساك به إلى مركز الشرطة غير جائز . لأن هذا العمل ينطوى فى الحقيقة على تعطيل لحريته الشخصية وبالتالى يهدر شرعية الهدف . وقضى بأن « إذا لم يكن سلوك الشخص كافياً لوضعه موضع الريبة أو لإعتباره فى حالة من حالات التلبس بالجريمة فلا يجوز استيقافه والأمساك به وإقتياده على هذه الحالة إلى مركز الشرطة لأن ذلك العمل ينطوى

على تعطيل حريته الشخصية فهو قبض بمعناه القانوني لا مبرر له " (٤٥) .

جماع ما تقدم أن التحريات يشترط فيها لتوافر شرعية الهدف ألا يكون مبعثها الهوى أو الغرض (٤٦) وإلا كانت باطلة .

٢ - شرعية الوسيلة :

على مأمور الضبط القضائي مباشرته " للتحريات " إلا يتبع سلوكاً من شأنه التعرض لحرية الأفراد أو لحرمة مساكنهم . فالمساس بهذه الحرمات أو الحريات غير جائز إلا في الأحوال التي اباحها المشرع . وعلى ذلك فالتصدي للأسرار الخاصة بدون موجب والقيام بإجراء تحريات تتصل بالعلاقات والروابط الشخصية أو تتناول السلوك الشخصي للأفراد أو تتعلق بأسرارهم الخاصة (٤٧) غير جائز لا سيما في الحالات التي يتوقف فيها تحريك الدعوى على شكوى أو إذن (م١٣ .ج) أو طلب (م١٩ج) . وهي غير جائزة إيضاً حتى ولو كان ذلك بناء على شكوى أو بلاغ إلا إذا أتصلت هذه التحريات بتحقيق الأغراض التي تناولها المشرع بالنص .

وتقول محكمة النقض " أما التفتيش الذي يقوم به رجال الشرطة في أثناء البحث عن مرتكبي الجرائم وجمع الإستدلالات الموصلة للحقيقة ولا يقتضي اجراؤه التعرض لحرمة الأفراد أو المساكن فغير محظور ويصح الإستشهاد به كدليل في الدعوى فإذا وضع شخص نفسه موضع الريبة بقيادة سيارة بسرعة ينجم عنها الخطر ليلاً داخل حدود المدينة فأن من حق ضابط الشرطة أن يستوقفه ليتحقق من شخصيته ومقصده ولا يعتبر ذلك إلا ضرباً من التحريات : (٤٨)

وإرتداء المتهم الزى المألوف لرجال الشرطة السريين وحمله صفارة تشبه النوع الذى يستعمله رجالها وإظهاره جراب طبنجة من جيب جلبابه هو عمل يتنافى مع طبائع الأشياء ويدعو إلى الريبة والشك فمن حق رجال الشرطة أن يستوقفوه ويقتادوه إلى المركز لإستيضاحه والتحرى عن أمره ولا يعد ذلك قبضاً (٤٩) .

ويستوى أن يكون الشخص المتهم قد وضع نفسه بأختياره موضع الشبهات والريبة سواء أكان ذلك بأقوال أم بأفعال صدرت منه مادام أن الحال يستلزم التدخل للكشف عن حقيقة أمره في الحالتين (٥٠) .

ولمأمور الضبط القضائي في سبيل إجراء التحريات التخفى أو أنتحال الصفات التي تدرأ عنهم إشتباه الجناة في أمرهم لدخول ذلك وأمثاله في نطاق المشروع من حيث الوسائل التي لم يضع الشارع على سلوكها قيوداً ومادام أن إرادة الجاني تبقى حرة غير معدومة (٥١) .

يضاف إلى ما تقدم أن مأمور الضبط القضائي حال قيامه بإجراء التحريات يجب عليه مراعاة حدود الآداب فلا يجوز له أن يتعدى مقتضيات حسن الأخلاق في سبيل كشف الحقائق . فالمشرع لم يجز إتخاذ أية وسيلة منافية للآداب أو للقانون من أجل أماطة اللثام عن الجرائم ومرتكبيها .

وعلى ذلك فلا يجوز لمأمور الضبط حال إجراء التحريات أن يختلس النظرات من ثقب باب

لما فى هذا من مساس بحرمة المساكن والمنافاة للآداب أو أقتحام المسكن بحجة إجراء التحريات لما فيه من إعتداء على مكمن السر . فإذا كان الظاهر مما ذكره الحكم أن مشاهدة الخفير للمتهمين وهم يتعاطون الأفيون بواسطة الحقن كانت من ثقب الباب وأن أحد الشهود إحتال عليهم لفتح الغرفة التى كانوا فيها على هذه الحالة ثم أقتحمها الخفير وضبط المتهمين وفتشهم فعثر معهم على المخدر ليكون القبض والتفتيش باطلين [52] أما إذا إنتفى قصد التجسس لدى مأمور الضبط عند النظر خلال ثقب الباب فإن ذلك لا يعتبر مخالفة للآداب .

وقضى بأن " إذا كان الثابت من الحكم أن المكان الذى حصل فيه التفتيش لم يكن مسكناً للمتهم بل هو المحل المخصص لعمل القهوة بديوان البوليس وأن الشرطى الذى نظر خلال ثقب بابه لم يكن يقصد التجسس على من به إذ لم يكن يعرف أن المتهم مختبىء فيه بل كان يستطلع سبب الضوء المنبعث منه فرأى المتهم مشتغلاً بعد كوبونات الكيروسين المصروفة فإن حالة التلبس تكون قائمة والتفتيش صحيحاً " [53] .

ومن غير الجائز أيضاً تحريض مأمور الضبط لشخص ما ودفعه لمباشرة الفحشاء فى منزل مشبوه بقصد التحقيق من إداراته للبغاء . وغنى عن البيان أنه لا تثريب على مأمورى الضبط القضائى فيما يقومون به من التحرى عن الجرائم بقصد إكتشافها ما دام لم يقع منهم تحريض على إرتكابها إذ لهم أن يتخذوا شتى الوسائل للكشف عن الجرائم ما دامت هذه الوسائل مشروعة وأخيراً لا يفوتنا أن نشير أن " التحريات " لها أهمية كبرى فى المجال الإدارى للعمل الشرطى بإعتبارها إحدى إجراءات الشرطة الإدارية التى تستهدف الكشف عن الحقيقة فى سبيل تحقيق أغراضها الإدارية فالتحريات تمهد لصدور قرارات إدارية كما هو الشأن فى حالة الإعتقال الإدارى وإبعاد الأجانب ومنع دخول وخروج الأجانب ومنح التراخيص بحمل وإحراز السلاح أو سعيها وتأديب الموظفين (قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣) إلى غير ذلك من الأمور.

جماع ما تقدم أن التحريات تبدو أهميتها من حيث كونها عاملاً هدافاً على تجميع الأدلة والإستدلالات الموكول أمرها لمأمور الضبط القضائى .

حجية التحريات :

حجية التحريات تعنى مدى إمكانية الإعتماد عليها فى مباشرة سائر الإجراءات التى تسمى حرية الشخص أو حرمة مسكنه أو فى إصدار قرارات إدارية شرطية بمنع أو منح ترخيص معين لأحد الناس .

فالتحريات بإعتبارها إجراء من إجراءات الضبطية الإدارية ترتب فى كثير من الأحوال آثار بعيدة تمس حقوق الجمهور خاصة إذا كان المشرع قد رخص لجهاز الشرطة بحرية التقدير فى إستخلاص أسباب القرار وترتيب الآثار عليه أى فى حالة ما إذا كانت الشرطة - إزاء ما تسفر عنه التحريات - وهى بصدد إتخاذ قراراها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة وفى ذات الوقت

لم يمنح المشرع للمضرور حق الإلتجاء إلى القضاء الإدارى طالباً الإلغاء .

ولا مراء أن التحريات فى تلك الحالة تكون بمثابة تحقيق غير منظور وتحمل فى طياتها أخطر وأدق القرائن - إذ على أساسها يتم إصدار القرار بالمنح أو المنع - ولذلك فإن المشرع أجاز الطعن فيها فللقضاء الإدارى كقاعدة عامة حق الرقابة عليها حتى فى بواعثها وأسباب صدورها فله أن يبحث سبب القرار ومدى توافر الحالة الواقعية أو القانونية التى تبرر إصداره ، وعلى ذلك يشترط لصحة القرار أن يكون سببه حقيقاً لا وهمياً أو صورياً ومستخلصاً إستخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة تنتجه وإلا فقد القرار مقومات وجوده ومبررات إصداره وكان باطلاً (٥٤) ، وتقول محكمتنا الإدارية العليا " إن الترخيص أو عدم الترخيص فى حمل السلاح وكذا سحب أو عدم سحب السلاح المرخص هى جميعها من الملاءمات المتروكة لتقدير الإدارة وتترخص فى ذلك حسبما تراه متفقاً مع صالح الأمن العام بناء على ما تطمئن هى إليه من الإعتبارات التى تراها والبيانات والمعلومات التى تتجمع لديها من المصادر المختلفة ، وقد تكون هذه المصادر سرية ترى الإدارة لصالح الأمن عدم الكشف عنها ، وتقدير الإدارة فى هذا كله لا معقب عليه ما دام مطابقاً للقانون من إساءة إستعمال السلطة ، ومتى بان للمحكمة من تقرير المباحث الجنائية بوزارة الداخلية أن التحريات دلت على رعونة المجنى عليه وأنه فى حمله السلاح ما قد يعرض الأمن للخط فإن طلب وقف التنفيذ يكون غير مستند إلى أسباب جدية موضوعاً (٥٥) .

وعلى ذلك فالتحريات بإعتبارها إجراء أو تدبيراً من بين إجراءات الضبط الإدارى يلزم أن تكتسب بالجدية فضلاً عن ضرورة مطابقتها للقانون وخلوها من إساءة إستعمال السلطة وبذلك تنتج إثارها المترتبة عليها وتكون لها الحجة الكاملة والمشروعية اللازمة لتأكيد صحة القرار الصادر بناء على ما أسفرت عنه فإذا كانت سلطات الأمن حين أصدرت قراراها بمنع إحدى المصريات من السفر قد أصدرته على أسباب صحيحة وقدرت كل الظروف المحيطة بها وأحسنت التقدير فلا تثريب عليها فيما ثبت عليها - وإتخذته أساساً لمنعها من السفر - من أن سفر هذه المواطنة سيؤدى بها إلى سلوك طرق غير كريمة للإرتزاق إذ ليس لها من فنها ما يساعدها على العيش فى الخارج (٥٦) .

ولأ مراء إن قرار المنع هنا مبعثة التحريات ، وعلى ذلك فطالما إنطبقت التحريات بالجدية كانت أساساً حصيناً من الإلغاء .

وفى هذا الشأن نقول إنه يشترط لصحة التحريات أن تكون جذرية ومأصلة غير سطحية ومتصفة بالعمق والتروى والحيدة والدقة ولا تنبىء إلا عن الواقع من الأمور ومتحصلة من أمور تسوغها حتى لا يلحقها عيب إساءة إستعمال السلطة .

أما التحريات بإعتبارها إحدى إجراءات الضبط القضائى فقد إستقر القضاء على إعتبارها

من عناصر الإثبات فى المواد الجنائية وبالتالى يجوز الإستشهاد بها كدليل [٥٧] .

ومرجع ذلك أن التحريات تعمل عملها لا سيما فى توجيه إجراءات جمع الإستدلالات وتقوية الأدلة والقرائن بإعتبار كل منها عاملاً وسنداً هاماً فى إثبات مدى صحة نسبة الجريمة وبالتالى فى إستصدار إذن النيابة بالقبض والتفتيش ، وقضى بأن " متى كانت النيابة حين أصدرت الإذن بالتفتيش قد رأت أن تحريات البوليس كافية لتسويغ هذا الإجراء وأقرتها على ذلك محكمة الموضوع فإن إذن التفتيش يكون قد صدر وفقاً لأحكام القانون [٥٨] .

ومع ذلك فقد إتجهت بعض الأحكام إلى أنه ليس هنالك ما يمنع حكمة الموضوع من أن تجزىء التحريات كلها أن تقتنع بما جاء فى جزء ولا تقتنع بما جاء فى جزء أخر ما دامت تبنى رأيهما على إعتبارات سائغة [٥٩] .

خلاصة ما تقدم إن التحريات لا يقتصر أثرها علي أعمال الضبط القضائى بل يمتد ذلك الأثر أيضاً إلى نطاق الضبط الإدارى .

الخلاصــة

قصارى القول أن فى الإمكان التمهيد بالقواعد الاتية في مجال التحريات :

١- إن التحريات التى يتولاها مأمور الضبط القضائى ومرؤوسيهم لا يجوز أن تتعدى الإختصاصات التى فرضها لهم القانون وهى البحث عن الجرائم ومرتكبيها وضبطها وجمع الإستدلالات عنها والمحافظة على النظام والأمن العام وتنفيذ القوانين واللوائح فلا يجوز إنتهاك حرمات الناس وأسرارهم الخاصــة .

٢- على مأمورى الضبط القضائى ومرؤوسيهم وهم يباشرون جمع التحريات والإستدلالات فى أثناء كشف الجرائم والبحث عن مرتكبيها تجنب التعرض لحرمة الأفراد وحرمة مساكنهم إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون (م٤٦ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ١.ج) - وقضت محكمتنا العليا بأن " التفتيش كما هو معروف فى القانون هو ذلك الإجراء الذى رخص الشارع فيه التعرض لحرمة الشخص وحرمة مسكنه بسبب جناية أو جنحة وقعت أو ترجح وقوعها منه ، وذلك تغليباً للمصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة لإحتمال الوصول إلى دليل مادى يفيد فى كشف الحقيقة وهذا التفتيش الذى يجرمه القانون على رجال الضبط القضائى فيما عدا أحوال التلبس بالجريمة والأحوال الأخرى التى تساعد الشرطة فى أثناء البحث عن مرتكبى الجرائم وجمع الإستدلالات الموصلة للحقيقة ولا يقضى إجراؤه التعرض لحرمة الأفراد أو لحرمة المسكن فغير محظور ويصبح الإستشهاد به كدليل فى الدعوى [٦٠] .

٣- لمأمورى الضبط القضائى ومرؤوسيهم فى سبيل وكشف الحقائق التخفى التحرى وكشف الحقائق التخفي والتنكر وإنتحال الصفات التى تدرأ عنهم إشتباه الجناة فى أمرهم ما دام إن إرادة الجانى تبقى حرة غير مقيدة وبشرط عدم الخروج عن مقتضى الأداب وحسن الأخلاق فلا يجوز لرجال الضبط

القضائى إثبات حالة التلبس بالتجسس بالنظر من خلال ثقوب أبواب المساكن وقضى بأن " والقانون لم يضع على حرية مأمورى الضبط القضائى أية قيود فى سلوك السبل المؤدية إلى ضبط الجرائم وجمع التحريات اللهم الا مراعاة حريات الأشخاص ومساكنهم وعدم المساس بالنظام العام وحسن الأداب [٦١] .

٤- لمأمور الضبط القضائى الإستعانة أثناء إجراء تحرياته بالمرشدين إذ المرشد هو المصدر الذى يغذى أجهزة البحث بالمعلومات التى تؤدى إلى الكشف عن الجرائم ومرتكبيها وللضابط ألا يفصح للمحكمة عن شخصية مرشده السرى أو مصدر تحرياته إذا رأى أن صالح الأمن العام يقتضى ذلك ولا يضير العدالة عدم إفصاح مأمورى الضبطية القضائية عن مصدر تحرياتهم طالما إن العبرة فى المحاكمات الجنائية هى بإقتناع القاضى وإطمئنانه إلى الأدلة المقدمة إليه ولا يصح مطالبة قاضى الموضوع بالأخذ بدليل معين فقد جعل القانون من سلطته أن يزيد قوة الإثبات وأن يأخذ من أى بينة أو قرينة ما يرتاح إليها دليلاً لحكمه ويستبعد مالا يطمئن إليه ويقتنع وجدانه به فإذا لم يقتنع القاضى بتحريات مأمو الضبط القضائى فله أن يستبعدها أما إذا إقتنع بها وإطمأن إليها فله أن يستند إليها فى حكمة بالإدانة كقرينة تكميلية تعزز ما لديه من أدلة أخرى وقضى بأن " يجوز أن تعول المحكمة فى قضائها على تحريات مجهولة المصدر وأن نعتبرها معززة لما لديها من أدلة الدعوى [٦٢] .

٥- عدم إفصاح الضابط عن مصدر تحرياته لا تأثير له على جدية أو عدم جدية هذه التحريات إذ أن تقدير التحريات وكفايتها لإصدار الأمر بالتفتيش من المسائل الموضوعية التى يوكل الأمر فيها إلى سلطة التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع [٦٣] .

كلمة أخيرة : رأينا الشخصى :

يجب على مأمورى الضبط القضائي ومرؤوسيهم عدم الإفشاء بأسرار التحريات التى جمعوها ولا يجوز أن تبقى فى سجلات الشرطة بيانات ليست مؤكدة وذلك لأن سمعات المواطنين لا يجوز أن تظل مهددة ببيانات غير مؤكدة محفوظة لهم فى سجلات الشرطة عن أسرار الناس إلا فيما قضت به القوانين [٦٤] .

نقترح ضماناً لحسن إستخدام الشرطة لسلطة التحرى مع " أندروز " الأستاذ بجامعة " ويلز " بإنجلترا إيجاد جهاز محايد للنظر فى الشكاوى من تصرفات رجال الشرطة إذ ذكر أنه من بين ٢٢٠ شكوى قدمت ضد شرطة برمنجهام سنة ١٩٦٥ ثبت عدم صحة ٢٠٠ منها .

وإن من الأوفق والأسهل أن يترك البت فى الشكاوى من الشرطة إلى جهاز مستقل بدلا من أن يترك ذلك إلى مدير الأمن نفسه حيث يؤدى ذلك إلى إقتناع الجمهور بأن الشرطة تلتزم بالنظام والقانون ويمكن تكوين هذا الجهاز من بعض رجال الشرطة مع تطعيمه ببعض القضاة المتمرسين ، وقد يقال أنه يكون من الصعب على أعضاء مثل هذا الجهاز وزن وتقدير الصعوبات التى تصادف ضابط الشرطة ، ويرد على ذلك بأن الجهاز الذى سيتم إختيار أعضائه وفقاً لقواعد دقيقة من بين ذوى الخبرة لن ينقصه الفهم السليم [٦٥] .

(١) إذا كان التشريع الإجرائى قد أغفل تنظيم التحريات فإن قرار وزير الداخلية الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٩ بكتاب نظام الشرطة قد أغفل مثل هذا التنظيم أيضاً وكذلك ملحقه الخاص به والصادر سنة ١٩٦٣ .

(٢) طعن رقم ١١٨٣ س٤٢ ق نقض ١٩٧٣/١/١ مج أحكام النقض س٢٤ رقم ٧ ص٢٧ - ولا يعيب الإجراءات أن تبقى شخصية المرشد غير معروفة وإن لا يفصح عنها رجل الضبط القضائى الذى إختاره لمعاونته فى مهمته ولا محل للإستناد إلى عدم إفصاح الضابط عن مصدر تحرياته فى القول بعدم جدية التحريات.

- فى مزيد من التفاصيل راجع : دكتور / قدرى عبد الفتاح الشهاوى " الموسوعة الشرطية القانونية " ص٦٢٨ وما بعدها - الناشر : عالم الكتب .

(٣) القضية ١٦٧٢ جلسة ١٩٥٦/١١/٢٧ س٩ ق٦٤ قاعدة ٤٠٠ مج قضاء إدارى .

(٤) نقض ١٩٤٣/١١/١٥ طعن ٢٠٨١ س١٣ ق مج ص٨٠٢ قاعدة ١٠ .

(٥) نقض ١٩٥١/١٢/٤ طعن ٤٤٥ س٢١ ق مج ٨٠٣ قاعدة ١١ .

(٦) نقض ١٩٦٠/٦/١٤ س١١ ق مج ص قاعدة ١١ .

(٧) نقض ١٩٩٢/٥/٢٦ طعن ٤٨٤ س٢٢ ق مج أحكام النقض - المكتب الفنى فى ٢٥ عاماً بند ١٨ ص ٨٠٣ .

(٨) نقض ١٩٥٩/١٢/١ مج س١٠ ق مج ع٣ ص٩٧٠ .

(٩) نقض ١٩٤٩/١/٢٤ مج فى ٢٥ عاماً بند ٣٦ ص٣٩٦ نقض ١٩٤٢/١١/٢ مج فى ٢٥ عاماً ج١ بند ٣٤ ص٣٩٥ .

(١٠) الأوامر العمومية لمديرية أمن القاهرة فى ٣١ من ديسمبر س ١٩٧٢ أمر رقم ٥٢ بند ١٧٨٥ وقد قضى بضرورة إسناد تحرير محاضر التحرى والإشتباه للسادة الضباط دون غيرهم ، ومنع تكليف ضباط الصف بمثل هذا العمل حماية لحريات الناس ، ولما يتطلبه هذا العمل من الفحص الدقيق والتصرف الحكيم .

(١١) راجع ص٣١ ، ٣٦ وما بعدها من البحث الذى تم بأكاديمية الشرطة " قسم التدريب " وكان هذا القسم قبل صدور القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٧٥ بإنشاء أكاديمية الشرطة يحمل إسم " معهد تدريب ضباط الشرطة " .

(١٢) نقض ١٩٦٠/١/٤ مج أحكام النقض س١١ ق ع ١ ص٧ .

(١٣) نقض ١٩٦٠/١٠/٣ مج أحكام النقض س١١ ق ع ٣ ص٦٥٢ ، نقض ١٩٤٢/١١/٢ مج أحكام النقض فى ٢٥ عاماً ج١ بند ٣٤ ص ٣٩٥ .

(١٤) نقض ١٩٥٨/١٢/١٣ مج أحكام النقض س١ ق بند ١٢٠ ص٩٩٩ .

(١٥) نقض ١٩٦١/١٠/٣٠ مج أحكام النقض س١٢ ق ع ٣ ص٨٦٥ .

(١٦) نقض ١٩٦٠/١/٤ مج أحكام النقض س١١ ق ع ١ ص٧ .

(١٧) نقض ١٩٤٣/١١/١٥ مج أحكام النقض فى ٢٥ عاماً ج٢ ص٨٠٢ بند ١٠ .

(١٨) نقض ١٥/١١/ ١٩٦١ س ق مج ع٤ ص٩٧٦ .

(١٩) نقض ١٢/٢/ ١٩٦٢ س١٣ ق مج ع ١ ص١٢٩ .

(٢٠) نقض ٢٣/١/ ١٩٣٩ طعن ٨٨ س٩ ق مج ص٨٠٢ بند ٩ ، نقض ١٩٥٩/١/٥ س ١٠ ق مج ع١ .

(٢١) نقض ١٣/٦/ ١٩٦٠ س١١ ق مج ع٢ ص٥٤٨ .

(٢٢) نقض ١٣/١٢/ ١٩٦١ س١٢ ق مج ع ٣ بند ١٢ ص٩٩٢ .

(٢٣) نقض ٢٠/١٢/ ١٩٣٧ مج أحكام النقض فى ٢٥ عاماً بند ١١ ص٩٢٨٧.

(٢٤) " أيار " قانون الإجراءات الهندى ج١ ص٣٤ راجع تعليقاته على المادة ٥أ .ج هندى فى مؤلفه .

(٢٥) نقض ١٥٩١/٤/١٦ طعن ١٨٢٧ س٢٠ قاعدة ٣٤ ص٣٩٥ ، نقض ١٩٥٥/٢/٨ طعن ٢٤٠٧ س٢٤ ق مج قاعدة ٣٩ ص٣٩٦ .

(٢٦) نقض ٢١/١/ ١٩٥٧ طعن ١٣٧٨ س ق مج ع ١١٥ ص٥٢ .

(٢٧) نقض ١٠/١/ ١٩٥٥ طعن ٦٠ س٢٤ ق مج قاعدة ٤٩ ص٣٩٧ .

(٢٨) نقض ١٠/٦/ ١٩٥٢ طعن ٤٧٤ س ٢٢ ق مج س٣ ق ع ٣ ص١٩٧ ، نقض ٣/٦/ ١٩٦٣ مج ع٢ قاعدة ٩٤ ص ٤٨٠ نقض ٢٨/ ١٠/ ١٩٦٣ مج ع٣ قاعدة ١٢٧ ص٧٠٠ ، نقض ١٩٦٣/٧/٢٨ مج س١٤ ق ع ٣ ص٧١٥ قاعدة ١٢٩ .

(٢٩) د. عبد الكريم درويش " التحقيق والبحث الجنائى " ص٣٨ طبعة ١٩٥٥ .

(٣٠) نقض ١٩/١/ ١٩٥٥ طعن ٢١٧١ س٢٤ ق مج س٢٤٦ ص٤٥٦ .

(٣١) نقض ١٦/٦/ ١٩٥٨ طعن ٦٥٨ س٢٨ ق مج س٩ ع٢ ص٦٧٢ ، نقض ١٩٧١/٣/٢٩ مج س٢٢ ق قاعدة رقم ٧٩ ص٣٤٥ إذ قضى " وإذا كان من المقرر إن عدم ذكر بيان دقيق عن إسم الشخص فى الأمر الصادر بتفتيشه لا ينبنى عليه بطلانه إذا أثبت إن الشخص الذى حصل تفتيشه فى الواقع هو بذاته المقصود بأمر التفتيش .

(٣٢) نقض ١٩٥٢/١/١٥ طعن ٥٥٦ س٢١ ق .

(٣٣) نقض ١٩٥٢/٥/١٣ طعن ١٧٧ س٢٢ ق مج قاعدة ١١٠ ص٤٠٥ .

(٣٤) نقض ١٩٥٤/٦/٧ طعن ٦٠٦ س٢٤ ق مج قاعدة ١١٣ .

(٣٥) نقض ١٩٥٧/١٠/٧ طعن ٥٠٧ س٢٧ ق مج س٨ ص٨٤٠ قاعدة ١ .

(٣٦) نقض ١٩٥٨/٣/٤ طعن ١٧٠٨ س٢٧ ق مج س٢٩ ص٢٣٤ ع١ ، نقض ١٩٥٧/١/٢١ طعن ١٣٧٨ س٢٦ ق مج س٨ ص٥٢ قاعدة ١ .

(٣٧) نقض ١٩٥١/١٢/٣١ طعن ١٤٥٢ س٢١ ق مج س٣ ق ع٢ ص٢٥٣ قاعدة .

(٣٨) نقض ١٩٥٤/٢/٢٢ طعن ٤ س٢٤ ق مج س٥ ص٣٥٨ ق١١٨ .

(٣٩) نقض ١٩٥١/٤/١٩ مشار إليه بهامش ٥٦٩ من هذا المؤلف .

(٤٠) نقض ١٩٤٣/٥/٢١ طعن ١٣٨٧ س٣ ق ص٣٩٤ ق٢١ .

(٤١) نقض ١٩٤٧/٢/٢٤ طعن ٩٢٦ س١٧ ق ص٢٩٣ ق٣٣ .

هوامش هوامش

(٤٢) نقض ١٩٣٧/١٢/٢٠ مج فى ٢٥ عاماً بند ١١ ص٩٢٨ .

(٤٣) راجع بند ٢٩٣ وما بعده ص٦٥٦ وما بعدها من تلك الموسوعة .

(٤٤) نقض ١٩٤٨/١٠/١١ ١٥٨٠ س١٨ ق مج قاعدة ٩٧ ص٤٠٣ .

(٤٥) نقض ١٩٥٩/١/٢٠ مج س١٠ ق ع١ ص٦٠ .

(٤٦) القضية ١٦٧٣ س٩ ق فى ١٩٥٦/١١/٢٧ مج س١١ ق قاعدة ٤٠ قضاء إدارى .

(٤٧) نقض ١٩٦٥/١٠/١٧ مج س١١ ق ع٣ ص٦٨٣ .

(٤٨) نقض ١٩٥٩/١٠/٦ مج س١٠ ق ع٣ ص٧٦٧ .

(٤٩) نقض ١٩٥٩/١٠/١٢ مج س١٠ ق ع٣ ص٢٧٢ .

(٥٠) نقض ١٩٥٩/١١/١٧ مج س١٠ ق ع٣ ص٨٨٨ .

(٥١) نقض ١٩٥٩/١٢/١١ مج س١٠ ق ع٣ ص٩٧٠ .

(٥٢) نقض ١٩٤١/٦/١٦ طعن ١٦٢٥ مج فى ٢٥ عاماً ج١ ص٤٤٤ بند ١١٠ .

(٥٣) نقض ١٩٤٤/٤/٢٨ طعن ٤٧٦ س١٤ ق مج فى ٢٥ عاماً ج١ ص٤٣٣ بند ٣٥ .

(٥٤) المحكمة الإدارية فى ١٩٥٧/٤/١٣ مج إدارية عليا س٢ ق بند ٩٣ ص٨٨٦ .

(٥٥) المحكمة الإدارية فى ١٩٥٨/١٢/١٣ مج إدارية عليا س١ ق بند ١٢٠ ص٩٩٩ .

(٥٦) محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٦/١٢/١١ القضية رقم ٨٨١ س١٠ ق مج قضاء إدارى ص٨٢ ق٥٤ س١١ .

(٥٧) نقض ١٩٤٣/١١/١٥ مج أحكام النقض فى ٢٥ عاماً ج٢ ص٨٠٢ بند١ نقض ١٩٦٠/١٠/١٧ مج س١١ ق ع ٩٩٢ .

(٥٨) نقض ١٩٥١/١١/٢١ طعن ١٤٥٢ س٢١ ق مج فى ٢٥ عاماً ص ٣٩٧ بند ٤٦ .

(٥٩) نقض ١٩٦١/١٢/١٩ مج س١٢ ق ع٣ ص٩٩٢ .

(٦٠) نقض ١٠/٧ / ١٠ مج أحكام النقض س١١ ص٦٨٣ .

(٦١) نقض ١٩٥٩/١٢/١ مج أحكام النقض س١٠ ص٩٧٠ .

(٦٢) نقض ١٩٦٠/١٠/٣ مج أحكام النقض س١١ ص٦٥٢ .

(٦٣) ١٩٧٣/٣/٢٥ مج أحكام النقض س٢٤ رقم ٨١ ص٣٨٤ .

(٦٤) د. نيازى حتاته " تحريات الشرطة " مجلة الأمن العام ع٢٦ ص٣ .

(٦٥) إختتم (أندروز) إقتراحه بأنه يجب الإعتراف بأنه بدون هذا الفهم السليم تكون النتيجة تحطيم الروح المعنوية للشرطة .

الإثبات الجنائى
ومدى حرية القاضى فى تكوين عقيدته

للسيد الأستاذ
محمد ناجى عبد الحكيم هاشم
المحامى

الإثبات الجنائى
ومدى حرية القاضى فى تكوين عقيدته

خطة البحث

المقدمة

من المشكلات الهامة التى تقابل كل مشتغل بالقانون جالساً على منصة القضاء أو مدافعاً عن صاحب حق مشكلة الإثبات ، فطالما ضاع الحق لمجرد العجز عن إقامة الدليل عليه [1] وتطرح الدعوي الجنائية على القضاء إما بعد جمع الإستدلالات عنها وإما بعد تحقيقها بمعرفة إحدى سلطات التحقيق ، وإما بعد تمام الأمرين معاً ، والأمران ما هما سوى مرحلة أولية من مراحل الإثبات فى المواد الجنائية لا تعرف المواد المدنية لها مقابلاً للفروق بين كل من الدعوتين فى طبيعتها وموضوعها .

وقد أوجب القانون علاوة على ذلك أن تعود المحكمة

الجنائية من جديد إلى تحقيق الأدلة المطروحة عليها بنفسها حتى تتمكن من تمحيصها جيداً ، ومن تغليب وجوه النظر فيها عل كافة الإحتمالات ، وفى النهاية من تكوين عقيدتها فى ضوء ما يستريح إليه وجدانها منها سواء أكانت مجرد إستدلالات أم أدلة يكشف عنها التحقيق الإبتدائى أو النهائى فإما إقتناع بثبوت التهمة بنى على اليقين لا الحدس والتخمين ، وإما إقتناع ببراءة المتهم - أو بالأقل بوجود شك فى أدلة إتهامه وما عليها حينئذ سوى إن تطلق ساحته وخيراً أن يبرىء المسىء من أن يدان البرىء خطأ أو تسرعاً ، وعلى هذا سنبحث أمرين :

أولهما : إستعراض أدلة الرثبات المختلفة وبيان حكم القانون فى كل منها .

ثانيهما : الكلام عن المبدأ الرئيسى الهام الذى يسود الشرائع الحديثة جميعها ألا وهو مبدأ حرية القاضى فى تكوين إقتناعه أو ما يسمى بمبدأ إقناعيه الدليل والقيود الواردة عليه .

والله ولى التوفيق .

" محمد ناجى "

المطلب الأول

أدلة الإثبات

يختلف دور القاضى الجنائى عند نظر الدعوى عن دور القاضى المدنى فبينما دور الثانى سلبى بحت يقتصر على الموازنة بين الأدلة المقدمة من الخصوم إذ دور الأول إيجابى يقتضى منه أن يبحث عن الحقيقة بكافة الطرق القانونية فله ولو من تلقاء نفسه أن يأمر بتقديم أى دليل يراه لازماً لظهور الحقيقة (م٢٩١ إجراءات) .

وقاضى الموضوع وإن كان مطالباً بإعادة تحقيق الدعوى من جديد إلا أن ذلك يكون بالنسبة للأدلة التى يجد أن هناك أية جدوى من إعادة تحقيقها دون تلك التى لا جدوى منها مثل إعادة مناقشة شهود لم يشهدوا بشىء ذى قيمة فى الدعوى أو مثل إعادة التفتيش وما قد يتبعه من ضبط الأشياء ، كما منعه القانون صراحة من بعضها مثل إستجواب المتهم إلا بناء على قبوله ووضع قواعد خاصة تنظم البعض الأخر مثل شهادة الشهود وندب الخبراء وهى تغاير مغايرات طفيفة تلك المتبعة فى التحقيق الإبتدائى [٢] .

وتظهر لبعض الأدلة أهمية خاصة حيث تكون الدعوى فى مرحلة الإستنتاج وتكوين الرأى النهائى مثل المحررات والقرائن

وأخيراً ترك القانون بعض إجراءات جمع الأدلة فى التحقيق النهائى لحكم القواعد العامة فلم يخصها بالذكر مثل المعاينة .

ونبحث هذه الادلة تباعاً على الترتيب الآتى :

أولاً : الإعتراف .

ثانياً : شهادة الشهود .

ثالثاً : ندب الخبراء .

رابعاً : المحررات .

خامساً : القرائن .

سادساً : الأدلة الأخرى .

الفصل الأول

الإعتراف

الإعتراف هو إقرار المتهم على نفسه بصحة إرتكابه للتهمة المسندة إليه وهو سيد الأدلة وأقواها تأثيراً فى نفس

القـاضـى وأدعـاهـا إلـى إتجاهـه نحـو الإدانـة لـذا نصـت المـادة ٢٧١ إجراءات جنائية على أنه :

" يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بإرتكاب الفعل المسند إليه فإن إعترف جاز للمحكمة الإكتفاء بإعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود وإلا فتسمع شهادة شهود الإثبات " وكان قانون تحقيق الجنايات الملغى يجيـز أن يكـون الإعـتراف سبباً للحكم فى الدعوى بدون مرافعـة ، ولا مناقشـة (م١٣٤) ، وعلـى أيـة حـال يخضع الإعـتراف لتقدير المحكمة لمخالفته لطبيعة الأشياء ولغريزة البقاء التى تتجه بالمتهم إلى الدفاع عن نفسه وإنكار التهمه المنسوبة إليـه [٣] .

شروط الإعتراف

أولاً : يشترط فى الإعتراف الذى يعتد بـه والذى يجيز للمحكمة الإكتفاء به والحكم على المتهم بغير سماع الشهود أن يكون من المتهم على نفسه أما ما جرى به التعبير الخاطىء من وصف أقوال متـهـم فـى الدعوى على متهم آخر فيها بأنه " إعتراف من متهم على متهم " فلا يعتبر إعترافاً صحيحاً فى حكم المادة (٢٧ إجراءات بل مجرد إستدلال لا تزيد قيمته عن قيمة أى إستدلال أخر فى الدعوى ولا يصح بالتالى أن يكون سبباً فى عدم سماع الشهود [٤] وإن كان ليس هناك ما يمنع القاضى من التعويل عليه بوصفه إستدلالا إذا إطمأن إليه [٥] ، ويستوى أن يكون المتـهـم الذى أخذه القاضى بأقوال زميله المتهم الآخر مقراً بالتهمة أم منكراً لها [٦]

ثانياً: ويشترط فى الإعتراف أن يكون صريحاً لا غموض فيه فلا يستنتج من مثل هرب المتهم أو تغيبه أو تصالحه مع المجنى عليه على تعويض معين فالإعتراف هو إقرار بإرتكاب الجريمة والإقرار لابد أن يكون واضحاً بحيث لا يحتمل تأويلاً [٧] كما ينبغى أن ينصب على نفس الواقعة الإجرامية لا على ملابساتها المختلفة فتسليم المتهم مثلاً بأنه كان موجوداً فى مكان الجريمة فى وقت وقوعها أو بوجود ضغينة بيه وبين القتيل أو بأنه يحرز سلاحاً من النوع الذى وقعت به الجريمة أو بأنـه إستفاد من القتل ... إلخ كل ذلك لا يعد إعترافاً بإرتكاب القتل وإن كان فيه ما يصح إن يعد مجرد دلائل موضوعية لا تكفى للإدانة إلا إذا عززتها أدلة كافيـة [٨] .

ثالثاً: ويشترط فيه أيضاً أن يصدر عن متهم متمتع بالتمييز فلا يعتد بإعتراف صادر من مجنون حتى ولو كان فى وقت الجريمة متمتعاً بقواه العقلية ولا عبرة كذلك بإعتراف قد يصدر تحت تأثير مسكر أو مخدر أو تنويم مغناطيسى أو تأثيراً نفسانى كما ينبغى أن يكون المعترف حراً فى الإختيار وقت إعترافه فلا عبرة بإعتراف ولو كان صادقاً إذا جاء نتيجة إكراه مادى أو أدبى مهما كان قدره [٩] والإكراه المادى فى أقوى صورة يتمشى فى التعذيب والضرب كما حكم بأنه قد يتمثل فى هجوم الكلب البوليسى على المتهم إذا تـرك يمزق ملابسه ويحدث به إصابات [٢٠] أما قول الضابط إن المتهمة إعترفت له أثر إستدعائها لعرضها على الكلب

البوليسى فإنه لا يحمل معنى التهديد ما دام هذا الإجراء قد تم بأمر عضو النيابة وبقصد إظهار الحقيقة [٢١] ، وكذلك لا يعتبر مجرد الخوف من القبض أو الحبس إكراهاً مبطلاً للإعتراف [٢٢] أما الإكراه الأدبى فيتمثل فى الوعد أو الوعيد بشرط قيام رابطة السببية بينهما وبين الإعتراف [٢٣] .

والإكراه يبطل المترتب عليه بطلاناً من النظام العام مهما كان قدر هذا الإكراه من الضآلة ومن ثم " فيجب عدم التعويل على الإعتراف فى هذه الحالة وإلا كان الحكم باطلاً [٢٤] لإنه إذا كان مادياً فهو يعد فى حد ذاته جريمة تستوجب العقاب (م١٢٦ عقوبات) وإذا كان معنوياً يعد عملاً غير مشروع أجمعت الشرائع على إستنكاره ومستوجباً بالأقل المسئولية التأديبية لذا نصت أيضاً المادة ٣٠٢ إجراءات معدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ على أن " كل قول يثبت إنه صدر من المتهمين أو اشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه " فإذا تمسك المتهم بأن الإعتراف المعزو إليه كان وليد إكراه تعين على حكم الإدانة إذا أخذ به يرد على هذا الدفع بما يفنده وإلا كان معيباً بما يستوجب نقضه [٢٥] أما إثارة صدور الإعتراف أمام محكمة النقض لأول مرة فلا تقبل لإنه يتطلب تحقيقاً فى الموضوع [٢٦] إلا أن أستاذنا الدكتور رؤف عبيد لا يرى مانعاً من إمكان إثارته ولو لأول مرة أمامها إذا كان ثابتاً بالأوراق ولم يتطلب تحقيقاً [٢٧] .

رابعاً : أن يكون إعترافاً قضائياً وليس خارج مجلس القضاء فالإعتراف القضائى هو ما يصدر من المتهم على نفسه فى مجلس القضاء وقد جرى الرأى على القول بأنه يكفى ولو كان هو الدليل الوحيد فى الدعوى لتسبيب حكم الإدانة ما دامت توافرت له شروطه المطلوبة [٢٨] فى حين يرى الدكتور محمود مصطفى أن الإعتراف وحده لا يكفى فى لتسبيب الحكم بالإدانة لأن الإعتراف دليل غير محسوس فلا يقطع بالإدانة وهو يدعو لأول وهلة إلى الشك والريبة فى حقيقته إذ يتطوع به المتهم لتقديم إدانته فلابد إذاً من أدلة أخرى تسنده وتؤكده [٢٩] ، ومن رأينا أن هذه مسألة تترك لظروف الحال فقد يكون الإعتراف وحده كافياً فى دعوى معينة فى حين قد لا يكون كافياً فى دعاوى أخرى كما أن المشرع المصرى لم يأخذ بالرأى الذى ذهب إليه الدكتور محمود مصطفى فإذا إعترف المتهم جاز للمحكمة الإكتفاء بإعترافه والحكم غير سماع شهود .

أما الإعتراف غير القضائى فهو ما قد يرد ذكره فى التحقيقات نقلاً عن أقوال منسوبة إلى المتهم خارج مجلس القضاء مثلاً أمام شهود أو فى محرر صادر منه أو فى محضر جمع الإستدلالات أو تحقيق إدارى أو فى محضر التحقيق الإبتدائى بمعناه الضيق ، وليس هناك ما يمنع من أن يكون سبباً فى الإدانة [٣٠] لكن قيمته فى الإقتناع متوقفه على ما للمحرر الذى تضمنه أو على ما لشهادة الشاهد الذى نقله من قيمة فنية وهو لا يصلح على أية حال لأن يكون سبباً فى عدم سماع

الشهود طبقاً للمادة ٢٧١ ، وإذا أصر المتهم على إعترافه فى الجلسة عد ذلك إعترافاً قضائياً وصح وحده سبباً للإدانة ولعدم سماع الشهود أما إذا أنكر صدوره منه وجب إعتباره إعترافاً غير قضائى ولو صدر بناء عى إجراءات صحيحة روعيت فيها كل الضمانات المطلوبة [٣١] .

خامساً: إذا كان الإعتراف قد جاء نتيجة إستجواب فى مجلس القضاء فينبغى أن يكون الإستجواب قد جرى صحيحاً برضاء المتهم ومحاميه نعاً ، وكذلك إذا كان الإستجواب قد جرى خارج مجلس القضاء وأراد الحكم الأخذ به وجب أن تكون الضمانات التى فرضها القانون أمام سلطات التحقيق الإبتدائى قد روعيت لأن بطلان الإستجواب لأى إعتبار كان يترتب عليه بطلان الدليل المستمد منه مباشرة وكذلك الشأن أيضاً إذا صدر الإعتراف بسبب مواجهة باطلة [٣٢] وقد يصدر الإعتراف تلقائياً دون إجراءات سابقة عليه ولكن ذلك قليل الحدوث والغالب أن يأتى الإعتراف فى ثنايا إجراءات أخرى أو بعد مباشرتها وهو ما يدعو إلى بحث الإجراءات السابقة على الإعتراف والموصلة له للتأكد من صحتها للأخذ به كدليل فى الإدانة إذ يقضى القانون بأن كل ما يبنى على الإجراء الباطل فهو باطل [٣٣] .

تقدير الإعتراف:

طبقاً لمبدأ حرية القاضى فى تكوين عقيدته الذى تأخذ به التشريعات الحديثة .

أصبحت لقاضى الحرية فى تقدير حجية الإعتراف [٣٤] ، والإعتراف هو دليل الإثبات الأول إلا أنه ينبغى مع ذلك عدم المبالغة فى قيمته كثيراً حتى لو توافرت له كل شروط الإعتراف القضائى ، وإذا لم يستكمل الإعتراف عناصر صحته فعلى القاضى أن يطرحه ولا يبرر الإستناد عليه توافر أدلة أخرى فى الدعوى ولو كانت مؤدية بذاتها إلى الحكم بالإدانة لأن الأدلة فى المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضاً تكون المحكمة عقيدتها منها مجتمعة ولا يستطاع مع ما جاء فى الحكم الوقوف على مبلغ الأثر الذى كان للإقرار الفاسد فى الرأى الذى إنتهت إليه المحكمة [٣٥] .

فالإعتراف قد لا يكون صحيحاً بل صادراً عن دوافع متعددة ليست من بينها الرغبة فى قول الصدق مثل رغبة إستدار العطف فحسب أو الفرار من جريمة أخرى يهم المتهم كتمانها أو إنقاذ الفاعل الحقيقى بحكم صلة من الصلات وتضامناً معه أو رغبة منه فى دخول السجن هرباً من بعض معضلات الحياة أو مجرد سوء دفاع من المتهم أو نتيجة خداع من أحد وكثيراً ما يعتمد المتهم المعترف إلى الزج بوقائع غير صحيحة مع أخرى صحيحة إمعاناً منه فى التضليل أو هرباً من عاقبة إعترافه الذى إنزلق إليه لسانه فى مبدأ الأمر تحت أى مؤثر [٣٦] ، ولذلك يخضع الإعتراف كدليل إلى تقدير المحكمة مثله فى ذلك كباقى الأدلة الجنائية بمعنى إنه يجوز للمحكمة رغم إعتراف المتهم أن تقضى ببراءته [٣٧] .

ويستبين القاضى قيمة الإعتراف من المطابقة بينه وبين

باقي الأدلة الأخرى فإذا وجدها لا تعززه كان له أن يسقط الإعتراف من ميزان حسابه ، ومن ثم كان له في جميع الأحوال أن يأخذ به أو لا يأخذ سواء أصدر في التحقيقات أم في الجلسة أم في بعض التحقيقات الإدارية وسواء أصر عليه صاحبه أم عدل عنه (٣٨) إنما ينبغي دائماً أن يبين رأيه فيه حتى ولو صدر أمام الشرطة إذا رفض الأخذ به وبرأ المتهم من التهمة وإلا كان الحكم قاصراً معيباً (٣٩) كما حكم بأن إقتصار حكم الموضوع على القول بأن الإعتراف باطل لأنه بني على تفتيش باطل دون بيان كيف إنه بني على هذا التفتيش قصر يستوجب نقضه (٤٠) .

وللقاضي أيضاً أن يجزىء إعتراف المتهم وقد كان القضاء الفرنسي في أول الأمر مستقر على أن إعتراف المتهم لا يتجزأ فإما أن يأخذ به القاضي الجنائي كما صدر وإما أن يطرحه كله وكان سند القضاء في هذه القاعدة المانعة من تجزئة الإقرار في المسائل المدنية (٣١)

وإستقر قضاء النقض في بلادنا على أن محكمة الموضوع غير ملزمة بالأخذ بإعتراف المتهم بنصه وظاهره بل لها في سبيل تكوين عقيدتها في المواد الجنائية أن تجزىء الإعتراف وتأخذ منه ما تراه مطابقاً للحقيقة وأن تعرض عما تراه مغايراً لها (٤٢) .

فللقاضي تجزئة الإعتراف ليأخذ منه ما يطمئن إليه - ولكن المسألة ليست على الأقل من الوجهة العلمية بهذه الدرجة من السهولة فإن العقل قد يقاوم فكرة تجزئة الإعتراف إعتباراً بأن الإعتراف تصرف قانوني من جانب المعترف متماسك في تصوره وغير قابل للتجزئة وعباراته متساندة في تصور المتهم المعترف (٤٣) .

وإذا إعترف المتهم بالواقعة ثم أورد بعض التحقيقات على إعترافه ورأت المحكمة أن تأخذ بإعترافه بشأن بعض الوقائع وأن تطرح التحفظات التي أوردها على هذا الإعتراف بشأن بعض الوقائع وأن تطرح التحفظات التي أوردها على هذا الإعتراف فإنه يجب عليها أن تبين علة أخذها بجزء من الإعتراف وإطراحها الجزء الآخر ولا يجوز مطلقاً أن تعتبر ما أدلى به المتهم إعترافاً إلا إذا أفصحت في حكمها عن سبب إطراحها التحفظات التي أوردها على إعترافه ، وتوجد الآن حركة قوية ظهرت إصداؤها في المحافل والمؤتمرات ضد صلاحية الإعتراف كأساس للإدانة في المسائل الجنائية إذا لم يكن مؤيداً بأدلة أخرى ويبدو أن هذا الإتجاه أقرب إلى الصواب وإلى حماية الحريات الفردية فالإعتراف الذي لا يسنده أي دليل أخر لا يمكن الإطمئنان إلى صدقة ومن المجازفة أن يبنى عليه حكم بالإدانة (٤٤) .

عدم جواز إستجواب المتهم أمام المحكمة :

إعتراف المتهم هو دليل تحيطه الشبهات وله ماض مثقل بالأوزار فقد كان التعذيب في القانون القديم والعصور الوسطى هو أداة الإستجواب للحصول على الإعتراف (٤٥) .

وإذا كان الإستجواب في التحقيق الإبتدائي وسيلة مشروعة من وسائل جمع الأدلة قد تنتهي إلى الإعتراف فهو

فى التحقيق النهائى وسيلة للدفاع فحسب لذا نصت المادة ٢٧٤ على أنه " لا يجوز إستجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك " ويلاحظ أن هذا النص عام يسرى على الجنايات كما يسرى على الجنح والمخالفات ويصرف النظر عن المحكمة التى تجرى أمامها المحاكمة [٤٦] ، وقد إستهدف المشرع من ذلك ضمان عدم إحراج المتهم بالمناقشة التفصيلية التى قد تستدرجه إلى الإعتراف أو إلى تأييد وجهة نظر الإتهام ، ولكن هذا التعليل مردود بأن من حق المتهم الإمتناع عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه كلها أو بعضها دون أن - يعتبر هذا الإمتناع قرينة ضده [٤٧] .

ففى جميع الأحوال لا يجوز إستجواب المتهم بدون رضاذه ولكن إذا طلب المتهم إستجوابه كان على المحكمة تجيبه إليه وإغفالها ذلك يعد وجها للبطلان إذ أن إستجواب المتهم فى هذه الحالة يعتبر من الأمور المتممه للدفاع [٤٨] ، وإذا رفض الإجابة فليس لها أن تتخذ من رفضه ضده لأنه إنما يستعمل حقاً خوله إياه القانون وإذا أرغمته المحكمة عليه كان ذلك أيضاً سبباً للبطلان [٤٩] والبطلان المترتب على إستجواب المتهم دون قبوله نسبى لا مطلق فإذا صدر أثناء المحاكمة الإبتدائية ولم يحصل التمسك بالبطلان أمام المحكمة الإستئنافية فلا يجوز إثارته لدى محكمة النقض .

وقد خفضت محكمة النقض من أثر هذا الحظر حيث قررت إنه يستوى أن يكون قبول المتهم للإستجواب صريحاً أو ضمنياً وأن القبول الضمنى يتحقق بإجابته على الأسئلة الموجهة إليه فى حين يرى الدكتور أحمد فتحى سرور أن القانون إذا إشترط قبول المتهم للإستجواب فإنه قد أراد - القبول الصريح لا مجرد قبول المتهم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه ذلك أن الأصل هو حق المتهم فى الإمتناع عن الإجابة ولو كان القانون يسمح للمحكمة بإستجوابه وعلى ذلك فإجابة المتهم على الأسئلة لا تضيف جديداً ولا تعنى إنه يقبل الإستجواب غير المسموح به [٥٠] .

أما ما يتطلبه القانون من سؤال المحكمة المتهم عن الفعل المسند إليه فهو من الإجراءات التنظيمية التى لا يترتب البطلان على إغفالها [٥١] .

والحق فى الدفع بالبطلان يسقط إذا حصل إستجواب المتهم فى حضور محاميه بغير إعتراض منه عملاً بالمادة ٣٣٣ إجراءات .

ويلاحظ أن الإستجواب المحظور إجراؤه أمام المحكمة هو مناقشة المتهم على وجه مفصل فى الأدلة القائمة فى الدعوى إثباتاً أو نفياً أثناء نظرها سواء أكان ذلك من المحكمة أو من الخصوم أو محاميهم وهذا لما له من الخطورة الظاهرة فهو غير جائز إلا بناء على طلب المتهم نفسه فمثل هذا الإستجواب من شأنه أن يربك المتهم وربما إستدرجه إلى قول ما ليس فى صالحه أما مجرد توجيه سؤال على سبيل الإستعلام البسيط أو لفت النظر إلى ما يقوله الشاهد فليس فيه أدنى خروج على محارم القانون ولا مساس بحق الدفاع [٥٢] .

الفصل الثاني
شهادة الشهود

تمثل شهادة الشهود جانباً هاماً فى الإثبات الجنائى فهى من آهم إجراءات التحقيق سواء الإبتدائى أو النهائى فإقرارات

لشاهد من أهم الأدلة التى يستعين بها القاضى فى الخصومة الجنائية والشاهد هو شخص ليس من أطراف الخصومة الجنائية لديه معلومات تتصل بالجريمة أو بفاعلها ، ولا يعد من قبيل الشهادة مجرد ترديد الشائعات والتقديرات الشخصية ولكن يجوز للشاهد أن يذكر وقائع سمعها من آخر بشرط تحديد الشخص الذى رواها له (٥٣) .

والشهادة هى إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه عن هذه الواقعة بطريقة مباشرة ويحتل الدليل المستمد من الشهادة إهتمام القاضى لأنه غالباً ما يحتاج فى مقام وزن الأدلة إلى من رأى الواقعة أو سمع عنها أو أدركها بحواسه ولهذا قيل بأن الشهود هم عيون المحكمة وآذانها (٥٤) .

وشهادة الشهود هى الطريق العادى للإثبات الجنائى حين أن الكتابة هى الطريق العادى للإثبات المدنى لأن الأول ينصب فى الإثبات المعتاد على حوادث عابرة تقع فجأة فلا يسبقها تراض أو إتفاق حين أن الثانى ينصب عادة على إثبات واقعة تقابل الإيجاب مع القبول بين أطراف العقد وهى واقعة معدة ومرتبة مقدماً .

إختيار الشهود وإعلانهم

لا خلاف فى أن الشاهد الحسن السيرة الأمين على الحقيقة الذى يخشى الله ضمان كبير للعدالة ، وقد عبرت الشريعة الإسلامية عن هذا الشاهد بعبارة " الشاهد العدل " وقد حرص المشرع على ضمان توافر هذه الأهلية من خلال ضوابط معينة إلا إذا توار هذه الضوابط لا يحول دون سلطة المحكمة فى تقدير قيمة الشهادة فى ضوء العوامل الشخصية التى تؤثر فى الشهادة والأدلة الأخرى فى الدعوى (٥٥) .

وللمحقق كامل السلطة فى سماع من يرى سماعهم من الشهود سواء طلب الخصوم ذلك أو لم يطلبوا وله أن يرفض سماعه منهم إذ لم ير فائدة من سماعهم فى ثبوت الجريمة وظروفها وإسنادها إلى المتهم أو بارءته منها كما جاء بنص المادة ١١٠ إجراءات .

وتقوم النيابة بإعلان الشهود الذين ترى سماع شهادتهم ويكون تكليفهم بالحضور بواسطة المحضرين أو رجال السلطة العامة ، ولها بسماع شاهد يحضر من تلقاء نفسه .

وفى هذه الحالة يثبت ذلك فى المحضر (م١١١ إجراءات)

وأمام المحكمة يكلف الشهود بالحضور بناء على طلب الخصوم بواسطة أحد المحضرين أو أحد رجال الضبط قبل إقفال باب المرافعة بأربع وعشرين ساعة غير مواعيد الساقه إلا فى حالة التلبس بالجريمة فإنه يجوز تكليفهم بالحضور فى أى وقت ولو شفهياً بواسطة أحد مأمورى الضبط القضائى أو أحد رجال الضبط .

ويجوز أن يحضر الشاهد فى الجلسة بغير إعلان بناء على طلب الخصوم ، وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تستدعى أى شخص وتسمع أقواله ولو

إذا دعت لضرورة لذلك ولها أن تأمر بتكليفه بالحضور فى جلسة أخرى ، ولها أن تسمع شهادة أى إنسان قد يحضر من تلقاء نفسه لإبداء معلومات فى الدعوى [٥٦] مع ملاحظة أن هناك أشخاص لا يجوز إكراههم على الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة مثل رجال السلك السياسى وزوجاتهم وأولادهم وأقاربهم الأقربين الذين يعيشون معهم فى معيشة واحدة لما يتمتعون به من حصانة ، وفى الجملة كل من لا يخضع بحسب قواعد القانون الدولى العام للقضاء الوطنى .

كيفية أداء الشهادة

أ - فى التحقيق الإبتدائى :

سماع الشهود طريق من طرق الإثبات يشترك فيه التحقيق الإبتدائى والتحقيق النهائى مع ملاحظة أن فى دور التحقيق الإبتدائى تقوم النيابة بإعلان الشهود الذين يقرر قاضى التحقيق سماعهم فليس للخصوم أن يعلنوا شهوداً يلتزم قاضى التحقيق بسماعهم وكل ما لهم أن يطلبوا سماعهم وللقاضى مطلق التقدير فى تكليف النيابة بإعلانهم كما له أن يسمع شهادة أى شاهد يحضر ولو من تلقاء نفسه [٥٧]

ويجب سماع كل شاهد على إنفراد إلا أن للمحقق أن يواجه الشهود بعضهم بالبعض الآخر وبالمتهم (م١١٢) إجراءات .

ويطلب المحقق من كل شاهد أن يبين اسمه ولقبه وسنه وصناعته وسكنه وعلاقته بالمتهم وتدوين هذه البيانات وشهادة الشهود بغير كشط أو تحشير ولا يعتمد أى تصحيح أو شطب أو تخريج إلا إذا صدق عليه المحقق والكاتب والشاهد (م١١٣) إجراءات .

ويضع المحقق والكاتب إمضاءه على الشهادة وكذلك الشاهد بعد تلاوتها عليه وإقراراه بأنه مصر عليها فإن إمتنع عن وضع إمضائه ولم يمكنه وضعه أثبت ذلك فى المحضر مع ذكر الأسباب التى يبديها وفى كل الأحوال يضع كل من المحقق والكاتب إمضاءه على كل صفحة أولاً بأول (م١١٤) - إجراءات ، ويجوز للخصوم عند الإنتهاء من سماع أقوال الشاهد إبداء ملاحظاتهم عليها ولهم أن يطلبوا سماع أقوال الشاهد عن نقط أخرى يبينونها وللمحقق رفض توجيه أى سؤال غير متعلق بالدعوى أو عندما يكون فى صيغة مساس بالغير (م١١٥) إجراءات .

ويجب على جميع الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق .

ويجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا أربعة عشرة سنة كاملة بدون حلف يمين على سبيل الإستدلال (م٢٨٣) إجراءات ، وينبغى أن تكون اليمين قبل الشهادة لا بعدها وإلا كان العمل باطلاً لأن حلف اليمين قبل الشهادة ينبه ضميره ويدفعه إلى أدائها بالصدق بخلاف ما لو شهد أولاً بلا يمين فإنه قد يتهاون فى أدائها ثم إذا طلبت منه اليمين عى أنها صادقة فقد لا يجرؤ على التراجع والإعتراف بعدم صحتها فيضطر إلى تأييدها باليمين [٥٨] .

ويترتب على عدم حلف اليمين بطلان الشهادة كإجراء

من إجراءات التحقيق ، ولكنه بطلان نسبى يسقط الحق فى الدفع به متى سمعت الشهادة فى حضور محامى المتهم دون إعتراض [٥٩]. أما سماع كل شاهد على إنفراد فلا يترتب على مخالفته بطلان وإنما للمحكمة أن تراعى فى تقديرها الشهادة إنها أديت فى هذه الظروف .

ولا تملك المحكمة إجبار الشاهد على خلف اليمين أو الإدلاء بالشهادة إن رأى الإمتناع عنها وكل ما لها طبقاً للمادة ٢٨٤ إجراءات هو إن توقع عليه العقوبة المقررة فيها إذا شاءت وإن تعفيه منها إذا عدل عن رمتناعه قبل إقفال المرافقة [٦٠] .

والأصل فى الشهادة أنها شفهية فلا يصح للشاهد الإستعانة بمذكرات مكتوبة إلا إذا كان موضوعها معقداً متعدد الأرقام والتواريخ [٦١] .

ب - كيفية اداء الشهادة امام المحكمة :

يكون على المحكمة وفقاً لمبدأ شفوية المرافعات أن تعيد سماع الشهود الذين أدلوا بأقوالهم فى التحقيق الإبتدائى كما لها أن تسمع شهوداً جدد فى الدعوى وللخصوم أن يطلبوا إليها ذلك [٦٢] ، ولا تلتزم المحكمة بسماع جميع الشهود الذين أدلو بأقوالهم أثناء التحقيق ولها أن تختار الشهود الذين ترى أن شهادتهم مفيدة فى كشف الحقيقة ، وفى هذه الحالة لا يجوز لها التعويل على الشهود الذين قررت عدم سماعهم ما لم يرجع ذلك إلى أحد الإستثناءات على مبدأ شفوية سماع الشهود [٦٣] .

وفى دور التحقيق النهائى يكلف الشهود بالحضور بناء على طلب الخصوم - على خلاف الحال فى دور التحقيق الإبتدائى - وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تستدعى وتسمع أقوال أى شخص ولو بإصدار أمر بالضبط والإحضار إذا دعت الضرورة لذلك ولها أن تأمر بتكليفه بالحضور فى جلسة أخرى [٦٤] كما لها إن تسمع شهادة أى إنسان يحضر من تلقاء نفسه لإبداء معلومات فى الدعوى م٢٧٧ .

وتنادى على الشهود بأسمائهم وبعد الإجابة يحجزون فى الغرفة المخصصة لهم ولا يخرجون منها إلا بالتوالى لتأدية الشهادة أمام المحكمة ومن تسمع شهادته منهم يبقى فى قاعة الجلسة إلى حين إقفال باب المرافعة ما لم ترخص له المحكمة بالخروج ، ويجوز عند الإقتضاء أن يبعد شاهد أثناء سماع شاهد آخر وتسوغ مواجهة الشهود بعضهم ببعض م٢٧٨ إجراءات والغرض من هذا الإحتياط هو منع من لم تسمع أقواله من التأثر بأقوال من سمعوا ، وحجز الشهود يكون عند نظر القضية فإذا أجل نظر القضية بعد سماع بعض الشهود فليس من المعقول أن يستمر حجز الباقين لحين سماع شهاداتهم [٦٥] .

وهذه إجراءات تنظيمية فلا بطلان إذا لم تراع أو لم يشر إلى إتباعها فى محضر الجلسة [٦٦]

وللمحكمة إذا إعتذر الشاهد بأعذار مقبولة عن عدم إمكانه الحضور أن تنتقل إليه وتسمع شهادته بعد إخطار النيابة

العامة وباقى الخصوم وللخصوم أن يحضروا بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم وأن يوجهوا للشاهد الأسئلة التى يرون لزوم توجيهها إليه (م٢٨١ إجراءات) .

وتسرى هذه القاعدة التى توجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق - وهى ضمان لقول الحق ويكفى أن يؤدى الشاهد اليمين مرة واحدة حتى يمكن سؤاله عدة مرات بعد ذلك دون حاجة إلى تحليفه اليمن بعد ذلك سواء فى نفس الجلسة وفى الجلسات التالية [٦٧] .

ويجيز القانون سماع المعلومات من أشخاص لا يجوز توجيه اليمين إليهم لكونهم غير أهل لذلك إما لحداثة سنهم كالأحداث الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة وإما لإنهم من المحرمين من أداء الشهادة طبقاً للبند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانون العقوبات إلا على سبيل الإستدلال مثلهم فى ذلك مثل ناقص الأهلية ، ومذهب الشارع فى التفرقة بين الشهادة التى تسمع بيمين وبين تلك الى تعد من قبيل الإستدلال والتى تستمع بغير يمين يوحى بأنه يرى أن الأشخاص الذين قضى بعدم تحليفهم اليمين هم أقل ثقة ممن أوجب عليهم حلفها ولكنه مع ذلك لم يحرم على القاضى الأخذ بالأقوال التى يدلى بها على سبيل الإستدلال إذا آنس فيها الصدق [٦٨] .

وعندما تسمع المحكمة شهادة شهود الإثبات يكون توجيهها الأسئلة للشهود من النيابة العامة أولاً ثم من المجنى عليعه ثم من المدعى بالحقوق المدنية ثم من المسئول عن الحقوق المدنية وللنيابة وللمجنى عليه وللمدعى بالحقوق المدنية أن يسألوا الشهود المذكورين مرة ثانية لإيضاح الوقائع الى أدوا الشهادة عنها فى أجوبتهم (المادة ٢٧١ إجراءات) .

وبعد سماع شهود الإثبات يسمع شهود النفى ويسالهم المتهم أولاً ثم المسئول عن الحقوق المدنية ثم بمعرفة النيابة العامة ثم المجنى عليه ثم المدعى بالحقوق المدنية ، وللمتهم وللمسئول عن الحقوق المدنية أن يوجها للشهود المذكورين أسئلة مرة ثانية لإيضاح الوقائع التى أدوا الشهادة عنها فى أجوبتهم عن الأسئلة التى وجهت إليهم ، ولكل من الخصوم أن يطلب سماع الشهود المذكورين لإيضاح أو تحقيق الوقائع التى أدوا شهادتهم عنها أو أن يطلب سماع شهود غيرهم لهذا الغرض (م٢٧٢ إجراءات) .

هذا وقد أصبحت المادة ٢٨٩ إجراءات بعد تعديلها بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ تنص على أنه : " للمحكمة أن تقرر تلاوة الشهادة التى أبدت فى التحقيق الإبتدائى أو فى محضر جمع الإستدلالات أو أمام الخبير إذا تعذر سماع الشاهد لأى سبب من الأسباب أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك " .

ومقتضى هذا النص أنه يجوز الإستغناء بتلاوة أقوال الشاهد الغائب عن سماعه إذا تعذر هذا السماع أو إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك ، والإستغناء عن سماع شاهد غائب أو أكثر ليس مقتضاه

إمكان إستغناء المحكمة كلية عن تحقيق الدعوى من جديد بمعرفتها لإستظهار وجه الحق فيها بل إن هذا الإستغناء ينبغى أن يكون غير جائز حتى ولو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك فمن ناحية المادة ٢٨٩ نتحدث عن تعذر سماع الشاهد بصيغة المفرد لا الجمع ، وهى تتحدث عن حالة خاصة وهى تعذر سماع أحد شهود الدعوى فحسب أو تنازل المتهم أو المدافع عن سماعه لأسباب معينة قوية ، ومن ناحية أخرى فإن إستظهار وجه الحق فى الدعوى والفصل فيها بقضاء صحيح أمر ملك للمجتمع صاحب هذه الدعوى وليس ملكاً للقاضى ولا للخصوم فالمتهم لا يملك أن يطلب من المحكمة أن تقضى بإدانة إذا لم تقتنع بهذه الإدانة ، ولا يمكن لقضاء عادل أن يقضى بإدانة متهم لإنه طلب ذلك [٧٠] .

فمن يجوز سماعهم كشهود :

نصت المادة ١١٦ إجراءات على إنه " تطبيق فيما يختص بالشهود أحكام المواد ٢٨٣ ، ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ " .

والمادة ٢٨٣ خاصة بحلف اليمين طبقاً لما ذكرناه آنفاً .

والمادة ٢٨٥ لا تجيز الشهود لأى سبب من الأسباب .

والمادة ٢٨٦ تجيز الإمتناع عن الشهادة ضد المتهم لكل من أصوله وفروعه وأقاربه وأصهاره إلى الدرجة الثانية وزوجته ولو بعد إنقضاء رابطة الزوجية وذلك ما لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد أو أحد أقاربه أو أصهاره الأقربين أو إذا كان هو المبلغ عنها أو إذا لم تكن هناك أدلة إثبات أخرى ، وقد قضى بأن المادة ٢٨٦ لا تمنع الشاهد من الشهادة ضد زوجة أو قريبة بل هى تعفيه من الشهادة أن أراد ذلك [٧١] .

والمادة ٢٨٧ تخضع الشهادة الجنائية للقواعد المقررة فى تشريع الإثبات فى المواد المدنية والتجارية بالنسبة لمنع الشاهد من أداء شهادته أو لإعفائه منها .

والمادة ٢٨٨ أباحت سماع المدعى بالحقوق المدنية كشاهد مع حلف اليمين .

ولا يجوز أن يكون من بين شهود الدعوى وكيل النيابة الحاضر فى الجلسة ولا كاتبها ولا حتى المترجم فى نفس الدعوى ، ومن باب أولى أحد القضاه الذين ينظرونها لإنه لا يجوز أن يجمع الإنسان بين صفتى الشاهد والحكم [٧٢] .

واجبات الشهود وجزاء الإخلال بها :

يجب على كل من دعى إلى الشهادة أمام المحكمة أن يحضر فإذا تخلف بعد تكليفه جاز الحكم عليه بعد سماع أقوال النيابة العامة بدفع غرامة لا تتجاوز جنيهاً فى المخالفات ولا عشرة جنيهات فى الجنح ولا ثلاثون جنيهاً فى الجنايات ويجوز للمحكمة إذا رأت شهادته ضرورية أن تؤجل الدعوى لإعادة تكليفه بالحضور ولها أن تأمر بالقبض عليه وإحضاره (م٢٧٢) .

وإذا حضر الشاهد بعد تكليفه بالحضور مرة ثانية أو من تلقاء نفسه وأبدى أعذاراً مقبوله جاز إعفاؤه من الغرامة بعد سماع أقوال النيابة العامة [٧٣] ، وإذا لم يحضر الشاهد فى المرة الثانية جاز الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز

ضعف الحد الأقصى المقرر فى المادة السابقة وللمحكمة أن تأمر بالقبض عليه وإحضاره فى نفس الجلسة أو فى جلسة أخرى تؤجل إليها الدعوى (م٢٨٠) ، وإذا لم يحضر الشاهد أمام المحكمة حتى صدور الحكم فى الدعوى جاز له الطعن فى حكم الغرامة بالطرق المعتادة (م٢٨٢) ، والإعلان الصحيح للشهادة هو الذى يفرض على الشاهد واجب الحضور فلا تقع الجريمة إذا كان الإعلان باطلاً لأن هذا الواجب لا ينشأ إلا عند إعلان صحيح [٧٤] .

وإذا إمتنع الشاهد عن أداء اليمين أو عن الإجابة فى غير الأحوال التى يجيز له القانون فيها ذلك حكم عليه فى مواد المخالفات بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع أو بغرامة لا تزيد على جنيه مصرى وفى مواد الجنح والجنايات بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على ستين جنيهاً ، وإذا عدل الشاهد عن إمتناعه قبل إقفال باب المرافعة يعفى من العقوبة المحكوم بها عليه كلها أو بعضها (م٢٨٤) .

والشاهد مطالب بأن يقول الصدق وإلا عد مرتكباً لجريمة شهادة زور وهى لا تتحقق إلا إذا أديت الشهادة أمام المحكمة دون سلطة التحقيق ، وبعد أن تقرر المحكمة إقفال باب المرافعة إذ أنه إلى ذلك الحين يمكن للشاهد أن يعدل عن شهادته ، والشهادة الزور من جرائم الجلسات فللمحاكم الجنائية أن تحرك فيها الدعوى بنفسها وتحكم على المتهم بالعقوبة ولو حال إنعقاد الجلسة وللمحاكم المدنية والتجارية هذا الحق أيضاً .

والشهادة الزور جنحة (م٢٩٤ ، ٢٩٦ عقوبات) وإنما تصبح جناية إذا ترتب عليها الحكم على المتهم فى جناية وتكون عقوبتها عندئذ الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، وإذا كانت العقوبة المحكوم بها هى الإعدام ونفذت على المحكوم عليه فيحكم بالإعدام أيضاً على من شهد عليه زوراً (م٢٩٥ - عقوبات) ، وكما تصبح جناية أيضاً إذا قبل من شهد زوراً عطيه أو وعد بشيئ ما (م٢٩٨ عقوبات) .

تقدير الشهادة :

يخضع تقدير قيمة الشهادة لمبدأ " الإقتناع القضائى " شأنها شأن سائر الأدلة الأخرى بل قد تكون الشهادة أهم ميادين تطبيق هذا المبدأ [٧٥] فللمحكمة كامل الحرية فى وزن أقوال الشاهد وتقدير الظروف التى قد يؤدى فيها شهادته فلها أن تأخذ بها أو أن ترفضها أو أن ترجح شهادة شاهد على آخر أو أقوال نفس الشاهد فى تحقيق على أقواله في تحقيق أخر أو أقواله فى جلسة على أقواله فى جلسة أخرى أو أقواله أمامها على أقواله فى البوليس أو أقواله فى التحقيق الإبتدائى على أقواله فى الجلسة التى أدانته فيها عن تهمة شهادة الزور [٧٦] .

وللمحكمة أن تأخذ بالشهادة ولو كانت قد سمعت على سبيل الإستدلال فحسب كشهادة الشاهد فى محضر جمع الإستدلالات أو كشاهد محكوم عليه بعقوبة جنائية أو كشهادة صبى لم يحلف اليمين أو بأقوال متهم على أخر متى إطمأنت إلى صحتها مع أن

شهادته لا تعد إلا إستدلالاً ، وفى جميع هذه الأحوال لها أن ترجع هذه الأقوال أو تلك على ما عداها من شهادات أديت بعد حلف اليمين ومن أدلة مختلفة وحكم بأن الإختلاف بين أقوال الشاهد والخبير الفنى فى تقدير المسافات لا يهدر شهادة الشاهد ما دامت المحكمة قد إطمأنت إلى صحتها (٧٧) كما أن للمحكمة أن تستند على شهادة شاهد رغم المطاعن التى وجهت إليه (٧٨) .

ولها أن تأخذ بأقوال الشاهد ول كان قريباً لأحد الخصوم أو صاحب مصلحة فيها أو لو كان هو المجنى عليه أو المدعى المدنى أو المسئول عن الحق المدنى متى إطمأنت إلى أن القرابة أو المصلحة لم تحمله على تغيير الحقيقة بل أن لها أن تأخذ بأقوال المجنى عليه وهو يحتضر ما دامت قد إمأنت إليها وقدرت الظروف التى صدرت فيها (٧٩) ، وإن تأخذ بشهادة منقولة عن شاهد أنكر صحتها وصدورها عنه إذ أن المرجع فى تقدير الشهادة ولو كانت منقولة هو إلى محكمة الموضوع كما لها أن تعول على شهادة الشاهد ولو كان أصما أبكما طالما كان بإستطاعتها أن تفهم إشاراته وبغير ما حاجة ن خبير ينقل إليها إلى تعيين المعانى (٨٠) .

ولكن لا تبدأ سلطة المحكمة فى تقدير قيمة الشاهد إلا بعد الإدلاء بها ومن ثم لا يجوز لها أن تبدى رأيها فيها قبل أن تستمع إليها إذ يكون تصرفها غير مفهوم (٨١) ، ولا يجوز لها أن تتدخل في ذات رواية الشاهد وتأخذها على وجه خاص يخالف صريح عبارتها (٨٢) .

وثمة قواعد فى تقدير قيمة الشهادة يميلها عليها المنطق المجرد وتدعمها خبرة التطبيق القضائى وأهمها : تقدر قيمة الشهادة بأحد أوصاف ثلاثة فهى إما صادقة وإما شابها غلط وأما تعمد الشاهد تزييفها ، والشهادة غير المباشرة (أى رواية عن شاهد آخر) أقل قيمة من الشهادة المباشرة ، ويتعين فى تقدير قيمة الشهادة التفرقة بين حالة اشاهد الوحيد فى الدعوى وحالة الشهود المتعددين . فإذا كان الشاهد وحيداً فإن قيمة شهادته تقدر من وجهات ثلاثة : من حيث سلامة حواسه وعلى سبيل المثال فإن شاهد الرؤية ضعيف البصر أو المصاب بعمى الألوان أو العشى (أى الذى تصعب عليه الرؤية فى الظلام) تقدر شهادته بحذر كبير ، ومن حيث الإمكانيات الذهنية وبصفة خاصة قدرته على الملاحظة وإستجماع صورة متكاملة عما عاينه ومقدرته على التذكر ، ومن الوجهة الإجتماعية إذ يجب أن يعطى القاضى إهتماماً لسمعة الشاهد ومدى تأصل القيم الدينية والأخلاقية لديه ونوع صلته بالمتهم أما إذا تعدد الشهود فثمة تفرقة بين إذا إتفقوا فى شهادتهم أم إختلفوا فإذا إتفقوا على قول واحد ولم يكن ثمة سبب إستظهره القاضى يفسر هذا الإتفاق من تآمر أو خضوع لإيحاء مشترك فإنه يجب قيمة كبيرة لهذه الشهادة فإن إختلفوا فعلى القاضى أن يقسمهم إلي فئتين تبعاً لما يوصيه أفراد كل فئة من ثقة وأن يرجع قول الفئة ذات الثقة الأكبر ولو كان عدد أفرادها أقل ، ومن أهم ما يعين القاضى على تقدير الشهادة ملاحظة حال

الشاهد وقت إدلائه بها ورده عى الأسئلة التى توجه إليه ومدى هدوئه وإطمئنانه وثقته بنفسه [٨٣].

ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما قد تقتنع به من شهادة وما لا تقتنع به ولا تكون هذه الأخيرة ملزمة ببيان سبب إقتناعها لأن سببه معروف فى القانون وهو إطمئنانها إلى ما أخذت به وعدم إطمئنانها إلى ما أطرحته منها .

متى يكون عدم سماع الشهود مبطلاً للمحاكمة ؟

الأصل فى الأحكام الجنائية أن تبنى على التحقيقات الشفوية الى تجريها المحكمة بالجلسة فى مواجهة المتهم وتسمع فيها الشهود ما دام سماعهم ممكناً فإذا كانت المحكمة قد أسست حكمها على أقوال الشهود بالتحقيقات الإبتدائية دون أن تبين السبب فى عدم سماعهم بالجلسة ودون أن تجرى أى تحقيق فى الدعوى فإن حكمها يكون باطلاً [٨٤] .

لذا قضى بأن الحكم على المتهم دون سماع الشاهد الوحيد فى الدعوى مبطل لإجراءات المحاكمة ما دام المتهم طلب ... سماعهم كما أن عدم سماع شهود الدعوى مبطل لإجراءات المحاكمة حتى ولو تنازل محامى المتهم عن سماعه محرجاً مضطراً لقبول ما رأته المحكمة من نظر الدعوى بغير سماع شهود [٨٥] ، وإن على المحكمة الإستئنافية أى تجيب المتهم إلى سماع الشهود أمامها حتى ولو كان قد تنازل عن سماعهم أمام المحكمة الإبتدائية فالمحكمة الإستئنافية درجة فى موضوع الدعوى وقانونها معاً لذا يجوز أن تثار أمامها ولو لأول مرة جميع طلبات التحقيق والدفوع الموضوعية والقانونية بل أن إثارة أى دفع قانونى أو موضوعى أمام المحكمة الجزئية لا يغنى عن إثارته من جديد أمام المحكمة الإستئنافية [٨٦].

وبأن المحاكمة تبطل إذا لم تستمع المحكمة للشهود لعدم الإستدلال عليهم ثم تبين أن أحدهم لم يعلن وكان يمكن سماعه بالتالى [٨٧] .

وللخصوم أن يطلبوا سماع شهود معينين فى وقائع معينة إذ أن الشهادة هى الطريق الطبيعى للإثبات فى المواد الجنائية لذا كثيراً ما يكون رفض سماعهم دون مبرر سبباً موجباً أيضاً لبطلان المحاكمة للإخلال بحق الدفاع وقد يضاف إلى البطلان للخطأ الجوهرى فى الإجراءات مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه ، ومن ذلك أن يسمع الشاهد أمام محكمة أول درجة فى غيبة المتهم ثم يتمسك هذا الأخير أمام درجتى التقاضى بوجوب سماعه فى حضرته فلا يجب إلى طلبه [٨٨] كما حكم بأنه يعد إخلالاً بحق الدفاع أن ترفض المحكمة سماع شاهد على أساس إفتراض أنه سيؤيد شاهد آخر وأن ما قرره هذا الشاهد غير صحيح ، وينبغى أن يكون طلب سماع الشاهد أو إعادة سماعه جازماً وصريحاً حتى لو طلب الدفاع أصلياً البراءة وإحتياطياً التأجيل لسماع شاهد الإثبات ومناقشته فيما أبداه من دفاع أمام المحكمة فإن هذا يعتبر طلباً جازماً تلتزم المحكمة بإجابته متى كانت لم تنته إلى القضاء بالبراءة ، وتزول الدفاع فى أول الأمر عن تحقيق طلب

معين لا يسلبه حقه فى العدول عن ذلك التمسك وإعادة المطالبة بتحقيق هذا الطلب ما دامت المرافعة ما زالت دائرة [٨٩]

ويكون سماع الشاهد غير المعلن واجباً " إذا كان وجوده غير مجحود أو كانت تفرضه الظروف بحيث لا يكون ثمة منظمة فى إجتلابه أو إختلاق وجوده وإلا كان الإعراض عن سماعه حكماً كما مسبقاً على شهادته الى لم تسمع وإنكاراً لكل حق للمتهم فى لتمسك بأى دفاع جديد لمحض أنه جديد مع أن المحكمة هى ملازمه الأخير فى إبداء ما يعن له من أوجه الدفاع وطلبات التحقيق المنتجه فى الدعوى [٩٠] .

الفصل الثالث

ندب الخبراء

إنتداب الخبراء من وسائل البحث المهمة فى المسائل الجنائية وإعمال الخبرة متنوعة [٩١] ، وللمحكمة سواء من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصوم أن تعين خبيراً واحداً أو أكثر فى الدعوى (م٢٩٢ إجراءات) كما إن لها مطلق الحرية فى أن تختار الخبير من خبراء الجدول الذى أوجب قانون الخبراء عمله فى كل محكمة من محاكم الإستئناف والمحاكم الإبتدائية والذى تضعه لجنة الخبراء أمام كل محكمة من هذه المحاكم (مواد من إلى ٣ من قانون الخبراء) أو من غيرهم دون أن تتقيد إلا بما تراه أكثر تحقيقاً للمهمة المطلوب الندب فيها .

ومما يتصل بحق الخصوم فى إثبات التهمة أو نفيها حقهم فى طلب ندب خبير لبحث مسألة فنية إذ الخبرة من الطرق المألوفة فى الإثبات الجنائى (٩٢) ، وتسرى القواعد الخاصة بوجوب تحديد ميعاد لتقديم التقرير كتابة وحق المتهم فى الإستعانة بخبير إستشارى وجواز رد الخبير إذا وجدت أسباب قوية تدعو لذلك (م٨٦ إلى ٨٩) إجراءات .

والخبير هو كل شخص له إلمام خاص بأى علم أو فن .

وينبغى على الخبير المنتدب أن يباشر المأمورية بنفسه فليس له أن يحيلها من قبله على خبير آخر إنما إذا إقتضى الأمر الإستعانة بأخصائى آخر للقيام بعمل مادى بحت دون تدخل منه فى إبداء الرأى فله ذلك .

فللطبيب المنتدب لفحص المصاب أن يطلب صورة بالأشعة لمكان الإصابة من طبيب الأشعة ، وللخبير المنتدب لفحص آثار معينة أن يستعين بشخص فنى فى رفعها ونقلها بحالتها إلى حيث يمكن فحصها وهكذا .

الخبرة فى مرحلة التحقيق الإبتدائى :

قد يتطلب التحقيق الإستعانة بأهل الخبرة فأباح القانون ذلك للمحقق سواء من تلقاء نفسه أو بنآء على طلب الخصوم ، والخبرة هى طلب الرأى فى تأكيد واقعة وإستخلاص نتائج متى تطلب ذلك معرفة فنية عملية أو نظرية لا تتوافر للمحقق بحكم تكوينه وعمله ومن ثم يلجأ المحقق إلى أهل الخبرة [٩٣] .

ويجب على الخبراء أن يحلفوا يميناً أمام المحقق أن يبدوا رأيهم بالذمة (م٨٦) ولا محل ليمين الخبرة إذا كان الخبير قد سبق الحلف عند تقريره أمام

المحاكم أو عند بدء ممارسته مهنته كالطبيب الشرعي .

وإذا إنتدب خبير لإثبات حالة مكان أوجب القانون على المحقق الحضور وقت العمل وملاحظته أما إذا إقتضى الأمر إثبات الحالة بدون حضوره نظراً إلى ضرورة القيام بأعمال تحضيرية أو تجارب متكررة أو لأى سبب آخر وجب على المحقق أن يصدر أمراً يبين فيه أنواع التحقيقات وما يراد إثبات حالته ، ويجوز للخبير أن يؤدى مأموريته بغير حضور الخصوم (م٨٥) إجراءات .

ويجب على الخبير أن يقدم تقريره كتابة فى الميعاد المحدد له وإلا فللمحقق أن يستبدل به خبيراً آخر (م٨٧) ، وللمتهم أن يقدم ما شاء من تقارير من الخبراء الإستشاريين إذا لم يقتضى الأمر إطلاعاً على الأوراق إما إذا إقتضى الأمر ذلك فيطلب تمكينه من الإطلاع عليها وعلى سائر ما سبق تقديمه إلى الخبير المنتدب من قبل المحقق وعلى هذا الأخير إجابته إلى ذلك لم يترتب عليه تأخير السير فى الدعوى (م٨٨) ، ولا يعفى الخبير الإستشارى فى هذه الحالة من حلف اليمين [٩٤]

وللخصوم رد الخبير إذا قامت أسباب قوية تدعو لذلك ويقدم طلب الرد إلى المحقق للفصل فيه متضمناً الأسباب وعلى الأخير الفصل فيه فى مدة ثلاثة أيام من تقديمه ويترتب على هذا الطلب عدم إستمرار الخبير فى عمله إلا فى حالة الإستعجال بأمر المحقق (م٨٩) ، وأسباب الرد يترك تقديرها لسلطة التحقيق .

الخبرة على مرحلة التحقيق النهائى :

وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تأمر بإعلان الخبراء ليقدموا إيضاحات بالجلسة عن التقارير المقدمة منهم فى التحقيق الإبتدائى أو أمام المحكمة (م٢٩٣) ، وقد وردت قواعد ندب الخبراء فى مرحلة التحقيق الإبتدائى فى المواد من ٨٥ إلى ٨٩ إجراءات ولم يرد ما يقابلها أو يحيل عليها فى نصوص التحقيق النهائى ومع ذلك فقد أجمع الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا إلى بيان تلك القواعد أمام المحاكم [٩٥] (ونحن بالتالى نحيل إلى ما سبق أن تناولنا بالبحث عن الخبرة فى مرحلة التحقيق الإبتدائى أو عند الكلام عن الخبرة بوجه عام) .

تقدير رأى الخبير :

المحكمة غير مقيدة بتقرير الخبير فلها أن تأخذ به أو لا تأخذ بحسب مدى إقتناعها بصواب الأسباب التى بنى عليها أو الإعتراضات الى وجهت إليه فإن ذلك يدخل فى حدود سلطتها التقديرية ولها أن تأخذ برأى خبير دون آخر أو بجزء من تقريره دون غيره أو تفاضل بين تقارير الخبراء إذا تعددوا وتأخذ بما تراه وتطرح ما عداه كما لها أن تأخذ بالتقرير ولو لم يكن يقينياً بل بنى على الترجيح فحسب إذا كانت وقائع لدعوى بالإضافة إليه تؤدى إلى إقتناعها بما ورد به وبعبارة أخرى لها أن تجزم فى حكمها بما لم يجزم به الخبير فى تقريره [٩٦]

وقيام طبيب آخر من قسم الطب الشرعى بتوقيع الكشف على التهمة غير رئيسه الذى ندبته المحكمة لا يؤثر فى

سلامة الحكم ما دام إن المحكمة قد إطمأنت إلى عمله وإلى ما ذكره كبير الأطباء الشرعيين من أن توقيع الكشف قد تم بحضوره وتحت إشرافه وما دام تقدير الدليل موكولاً إليها [(٩٧)]

وقد ذهب رأى إلى أن للمحكمة أن تستند فى طرح رأى الخبير فى المسألة الفنية بشهادةالشهود [(٩٨)] حين لا يصح تفنيد رأى الخبير الفنى فى مسألة فنية - مثل رأى مدير مستشفى الأمراض العقلية عن حالة أحد شهود الإثبات - بشهادة الشهود وإلا تكون المحكمة قد أخلت بحق الدفاع وأسست حكمها على أسباب لا تحمله [(٩٩)] .

ويغلب أن يسلم القاضى بما خلص إليه الخبير فى تقديره ويبنى حكمه على أساسه وهذا التصرف منطقى من القاضى فالغرض إن رأي الخبير ورد فى موضوع فنى لا إختصاص للقاضى به وليس من شأن ثقافته القانونية أو خبرته القضائية أن تتيح له الفصل فيه وبالإضافة إلى ذلك فهو الذى إنتدب بالخبير ووثق فيه وراقب أداءه مهمته [(١٠٠)] ، ولذلك قد رأى البعض من الفقهاء إعطاء قوة إلزامية لتقرير الخبير ولكنا نميل إلى ترجيح وجهة نظر الدكتور محمود نجيب حسنى بعدم صواب هذه الإتجاهات فمبدأ الإقتناع القضائى يجب أن يطبق على جميع الأدلة ومن بينها الخبرة .

ولا تثريب على المحكمة إذ هى أخذت بتقرير الخبير بصدد أمر لم يكن محل طلب منها إذ ما دام المندوب قد إكتشف أثناء أو تجاربه الفنية ما يفيد فى كشف الحقيقة فمن واجبة إن يثبته لا على أساس إتصاله إتصالاً وثيقاً بالمأمورية المندوب لها وأن الندب يشمله بطبيعة الحال بل على أساس إن أخبار جهات الإختصاص بكل ما يفيد الحقيقة فى المسائل الجنائية واجب على كل إنسان والمحكمة تقدر الدليل المستمد من ذلك بجميع الظروف المحيطة به كما تفعل بالنسبة إلى سائر الأدلة [(١٠١)]

ولا تلتزم المحكمة بندب خبير آخر ولا بإعادة المهمة إلى ذات الخبير ما دام إسنادها سليماً لا يجافى المنطق والقانون [(١٠٢)] ، وإستناد المحكمة إلى التقرير الفنى المقدم فى الدعوى يفيد إطراحها للتقرير الإستشارى المقدم فيها وليس بلازم أن ترد على هذا التقرير [(١٠٣)] .

وما يقترحه الخبير من إثبات لواقعة على نحو معين هو قول من وجهة نظر فنية بحته وفى غياب وجهة النظر القانونية التى لا إختصاص للخبير بها ومن ثم كانت مهمة القاضى " الرقابة القانونية للرأى الفنى " وكان القاضى " هو الخبير الأعلى فى الدعوى " [(١٠٤)]

إلا أنه لا يجوز الأخذ بتقرير أحد الخبراء دون تمكين صاحب المصلحة من الرد على ما جاء فيه وإلا كان ذلك إخلالاً بحق الدفاع يبطل الحكم [(١٠٥)] .

متى يعد رفض ندب خبير أو مناقشته مبطلاً للمحاكمة ؟

مما يتصل بحق الخصوم فى إثبات التهمة أو نفيها حقهم فى طلب ندب خبير لبحث أية مسألة فنية ، والخبرة من الطرق المألوفة فى الإثبات فى المواد الجنائية إلا أن المحكمة غير مقيدة بحسب الأصل بندب خبير

إذا هى رأت من الأدلة المقدمة فى الدعوى ما يكفى للفصل فيها دون حاجة إلى ندبه [١٠٦]

وفى غير هذا النطاق قد يكون عدم إجابة الدفاع إلى طلبه إخلالاً بحقه سواء إنصب الطلب على ندب خبير أم على إستدعاء الخبير المنتدب لمناقشته فى تقريره فإذا كان طلب ندب خبير لتحقيق دفاع جوهرى هو من الطلبات الهامة لتعلقه بتحقيق الدعوى لإظهار وجه الحق فيها وجب على المحكمة أن تجيبه إليه أو أن ترفضه بناء على أسباب مبررة وإلا كان الحكم معيباً لقصوره فى البيان الواجب [١٠٧] ، وكذلك إذا طلب المتهم إستدعاء الطبيب الشرعى لمناقشته فى مسألة فنية فليس للمحكمة أن ترفض هذا الطلب وتفصل فى هذه المسألة المراد مناقشته فيها برأيها لأن ذلك يكون إخلالاً بحق الدفاع [١٠٨] ، وإذا قررت المحكمة إستدعاء الخبير المهندس فى حادثة سيارة لمناقشته ثم تعذر إعلانه وطلب المتهم إستدعاء خبير آخر فليس للمحكمة أن ترفض هذا الطلب وتعتمد على ما جاء بذلك التقرير [١٠٩] .

وإذا طلب المتهم إستيضاح الطبيب الشرعى عن مبلغ إدراك المجنى عليه وتمييزه بعد إصابته وعما إذا كان بمقدوره أن يحضر ذاكرته ويرى ضاربيه فليس للمحكمة أن تطرح هذا الطلب إعتماداً على راوية منقولة عن المجنى عليه نفسه بعد إصابته لإنه يجب تحقيق ذلك عن طريق فنى [١١٠] .

وفى الجملة فإنه لا يسوغ تستند فى رخص ما قال به الخبير الفنى إلى معلومات شخصية بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير أن تستجلى الأمر بالإستعانة بغيره من أهل الخبرة ما دام من المسائل الفنية البحتة التى لا يصح للمحكمة أن تحل محل الخبير فيها [١١١] .

الفصل الرابع

المحررات

قد يكون المحرر منطوياً على جسم الجريمة كما هى الحال فى التزوير والتهديد الكتابى والبلاغ الكاذب كما قد يكون مشتملاً على مجرد دليل عليها كخطاب يتضمن إعترافاً من المتهم أو إقراراً من شاهد عن واقعة معينة والقاعدة إن الأوراق سواء أكانت رسمية أم عرفية ليست لها حجية خاصة فى إثبات نفس الواقعة الجنائية فتخضع كأى دليل لمطلق التقدير القاضى [١١٢] ، وبالتالى " لا تتقيد المحكمة بما هو فى التحقيق الإبتدائى أو محاضر جمع الإستدلالات إلا إذا وجد فى القانون نص على خلاف ذلك (م٣٠٠ إجراءات) فمحاضر التحقيق التى يجريها ضابط الشرطة أو النيابة وما تحويه من إعترافات المتهمين ومعاينات المحققين وأقوال الشهود هى عناصر إثبات تحتمل الجدل أو المناقشة كسائر الأدلة وللخصوم أن يفندوها دون أن يكونوا ملزمين بسلوك سبيل الطعن بالتزوير وللمحكمة حسبما ترى أن تأخذ بها أو تطرحها إذا لما تطمئن إليها مهما كان نوعها [١١٣] .

وفى ذلك يختلف القضاء الجنائى عن المدنى فالقاضى المدنى يؤسس أحكامه وجوباً على قواعد الإثبات المدنية المعروفة دون غيرها فمثلاً إذا أقر لديه أحد الخصوم بتزوير

ورقة معينة وجب عليه أن يحكم بردها وبطلانها بصرف النظر عن إعتقاده الخاص أو القاضي الجنائي فليس له أن يقضي بإدانة المتهم في تزوير محرر إلا إذا إقتنع بإرتكابه التزوير بغض النظر عن أقواله ومسلكه في دفاعه (١١٤) ، ومع ذلك فقد جعل القانون الإجرائي بعض الأوراق حجة بما ورد فيها إلى أن يثبت العكس إما بطريق الطعن بالتزوير وإما بالطرق العادية ولا يجوز للمحكمة - وفقاً للقواعد العامة - أن تستمد إقناعها من ورقة لم تطلع عليها إذ يعد تناقضاً منها أن تدعي الإقتناع بشيء لم تعلم به ، ولا يجوز للمحكمة أن تستمد إقتناعها من ورقة إطلعت عليها ولكنها لم تطلع الخصوم عليها ولم تطرحها للمناقشة في الجلسة إذ يخالف ذلك مبدأ " الشفوية والمواجهة" ولا يجوز للمحكمة أن تستمد إقتناعها من روقة حصل عليها مقدمها بطريقة مشروعة كما لو كان سوقها إذ يخالف ذلك قاعدة إشتراط مشروعية الدليل الذي يستند إليه الحكم (١١٥) .

الأوراق ذات الحجية الخاصة:

اولاً : تعتبر المحاضر المحررة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها (م٣٠١ إجراءات) ولو بغير طريق الطعن بالتزوير ، ويسري ذلك على جميع مواد المخالفات بغير إستثناء ، ولم يبين القانون كيفية إثبات عكس ما جاء في هذه المحاضر ومجرد الشك لا يكفي لإسقاط ما فيها بل ينبغي عتمادها حتى يثبت ما ينفيها بالشهادة أو بالكتابة أو القرائن بعد تمكينها صاحب المصلحة من ذلك ، والمحكمة من تقرير هذه الحجية الخصاة بمحاضر المخالفات هي رغبة المشرع في تمكين القاضي من الإعتماد عليها دون حاجة إلى إجراء تحقيق نهائي فيها بما يقتضيه ذلك من سماع شهود من جديد صوناً لوقته ووقت الشهود من أن يضيع تحقيق وقائع قليلة الأهمية قلما تعلق بذاكرة أحد ، ويشترط أن يكون المحضر صحيحاً صادراً من موظف مختص بتحريره مؤرخاً وموقعاً عليه منه على أن حق المحكمة في إعتبار هذه المحاضر حجة ليس مطلقاً فالمحضر لا يكتسب حجية إلا بالنسبة للوقائع المكونة للمخالفة والتي يثبتها المأمور المختص بناء على ما يشاهد بحواسه فلا يكون للمحضر حجية بالنسبة لما يدونه محرر المحضر من أرائه وإستنتاجاته فالحجية قاصرة على الوقائع دون تقديرها ولا تمتد هذه الحجية إلى المعلومات التي يذكرها المحرر نقلاً عن الغير وحجية المحضر قاصرة على الوقائع المادية فلا يكون المحضر حجة في ذاته بإرتكاب المخالفة إذا إقتصر على تقرير إرتكاب المتهم لها دون بيان الأفعال المادية التي وقعت منه ويعتبر من الوقائع المتعلقة بإرتكاب الجريمة إعتراف المتهم أو الشهادة ولكنه لا يعتبر حجة بصحة هذا الإعتراف أو يصدق الشاهد فللمحكمة مطلق التقدير في ذلك (١١٦) كما أن الحجية لا تمتد إلى الجرائم الأخرى التي قد ثبت في المحضر مثل جريمة إعتداء المخالف على مأمور الضبط وإصابة أحد المارة بسبب مخالفة وقعت من سائق سيارة وهكذا .

ثانياً: المحررات التى لا يجوز إثبات عكس ما ورد بها إلا بطريق الطعن بالتزوير فأهمها محاضر الجلسات والأحكام إذا ذكر فى إحداها أن إجراء من الإجراءات قد روعى أثناء نظر الدعوى أما إذا لم يذكر فيها ذلك فلصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق إن هذا الإجراء قد أهمل أو خولف (م٤٢٠ إجراءات) والخطأ المادى فى تدوين محاضر الجلسات لا يستلزم الإلتجاء إلى طريق الطعن بالتزوير ما دام هذا الخطأ واضحاً [(١١٧)] .

على أن المحاضر التى قد يحررها القضاه لإثبات ما يقع من الجرائم أمامهم أثناء إنعقاد الجلسات لها حجية خاصة فيجوز للمتهمين بهذه الجرائم إبداء دفاعهم على الوجهة الذى يرونها مهما تعارض ذلك مع الثابت بتلك المحاضر دون أن يكونوا ملزمين بالطعن فيها بالتزوير [(١١٨)] .

ثالثاً: ومن هذه المحررات أيضاً ما نصت عليه المادة (٢٣) من لائحة الجمارك من أن " قرارات اللجنة الجمركية بالغرامة والمصادرة فى أحوال التهريب تكون قابلة للمعارضة أمام المحكمة التجارية وإنها تعتمد أمام المحكمة بصفة شهادة ، لم يجر التداعى بكونها مزورة " والمقصود بهذا أن للمحكمة أن تأخذ بما ورد فى هذه القرارات دون ما حاجة لإعادة الوقائع إنما إذا لم تطمئن إليها فلها أن ترفض الأخذ بها ولو لم يطعن فيها بالتزوير [(١١٩)] .

دعوى التزوير الفرعية :

وضع قانون الإجراءات فصلاً بدعوى التزوير الفرعية أمام القضاء الجنائى قصد به تبسيط إجراءاتها بدلاً من التقيد بأحكام قانون المرافعات فى هذا الشأن وما به من قواعد ينطبق هنا سواء أكان الدعوى الأصلية لا زالت فى مرحلة التحقيق أم المحاكمة ، ومقتضى هذه القواعد إن للنيابة ولسائر الخصوم فى أية حالة كانت عليها الدعوى أن يطعنوا بالتزوير فى أية ورقة من أوراق القضية ومقدمة فيها (م٢٩٥ إجراءات) ، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الإستئناف أو أمام محكمة النقض فى صدد تحقيق قد تجريه فى أوجه الطعن المقدمة إليها [(١٢٠)] .

والطعن بالتزوير لا يترتب عليه حتماً وجوب السير فى تحقيقه كما لا يترتب عليه دائماً إيقاف الدعوى الأصلية لحين الفصل فى دعوى التزوير بل أن الجهة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية هى التى تقدر هذين الأمرين وتأمر بما تراه فيهما حسبما تستخلصه من وقائع الدعوى وظروفها [(١٢١)] .

ويحصل الطعن بتقرير فى قلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها الدعوى ويجب أن تعين فيه الورقة المطعون فيها بالتزوير والأدلة على تزويرها (م٢٩٦ إجراءات) ، ولا يمنع ذلك من قبول أدلة أخرى أثناء تحقيق الطعن ، وإذا رأت الجهة المنظور أمامها الدعوى وجهاً للسير فى تحقيق التزوير تحيل الأوراق إلى النيابة العامة ، وتكون إحالة الأوراق إلى النيابة متى بأن للمحكمة أن الطعن بالتزوير مؤسس على أدلة جدية ويكون الإيقاف متى بأن لها ضرورة الورقة للفصل فى الدعوى [(١٢٢)] .

وفى حالة إيقاف الدعوى يقضى في الحكم والقرار الصادر بعدم وجود تزوير بإلزام مدعى التزوير بغرامة قدرها خمسةٌ وعشرون جنيهاً (م٢٩٨) أما إذا لم يؤمر بإيقاف الدعوى فلا محل للغرامة ولو قضى بعدم وجود التزوير ولا محل للغرامة كذلك إذا حكم ببراءة المتهم بالتزوير أو إذا قررت سلطة التحقيق بأن لا وجه لإقامة الدعوى وكان الحكم أو القرار مبنياً على سبب قانونى مثل إنقضاء دعوى التزوي أو على سبب موضوعى مثل "عدم معرفة الفاعل " أو " عدم كفاية الأدلة " فالنص صريح فى أن الغرامة تكون عند عدم وجود التزوير وهى ما يعنى " عدم الجناية " أو " عدم الصحة " فحسب [١٢٣] ، والحكم بالغرامة وجوبى إذا توافر شرطاه وهما إيقاف الدعوى الأصلية ثم الحكم بعدم وجود التزوير .

وللطاعن بالتزوير التنازل عن طعنه فى أى وقت فليس فى القانون ما يمنع من أن يتنازل الطاعن عن طعنه ويتصالح مع خصمه شريطة أن تتوافر لدى المتنازل أو المتصالح الأهلية اللازمة لذلك [١٢٤] .

ولا تلتزم المحكمة بالسير فى تحقيق التزوير بعد التنازل عنه لكن لها السير فى هذا التحقيق إذا رأت ضرورته لإظهار الحقيقة .

وإذا حكم بتزوير ورقة رسمية كلها أو بعضها تأمر المحكمة التى حكمت بالتزوير بإلغائها أو بتصحيحها حسب الأحوال ويحرر بذلك محضر يؤشر على الورقة بمقتضاه (م٢٩٩ إجراءات) .

إثبات التزوير :

يخضع إثبات التزوير وتقدير الأدلة فيه لكافة القواعد الى تحكم نظرية الإثبات الجنائى فهو يثبت بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود ومضاهاة الخطوط بمعرفة المحكمة مباشرة إذا كان التزوير ظاهراً أو معرفة خبير تندبه لهذا الغرض كما يثبت بالإعترافات وبقرائن الأحوال [١٢٥] .

الفصل الخامس

القرائن

يمكن تعريف الإثبات بالقرائن بأنه هو إستنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات وفى هذه الحالة يقال أن إثبات الواقعة التى قام عليها الدليل قرينة على ثبوت الواقع التى لم يرد عليها دليل [١٢٦] ، ويمكن تعريف القرائن أيضاً بأنها " الصلة " الضرورية التى ينشئها القانون بين وقائع معينة [١٢٧] وهى إما قانونية وإما موضوعية .

القرائن القانونية :

القرينة القانونية هى إعفاء من عبء الإثبات [١٢٨] فهى تلك المستمدة من نصوص قانونية صريحة وأغلبها قاطع يفيد الخصوم والقاضى معاً فلا يمكن المجادلة فى صحته أو إثبات عكسه ، ومثال ذلك قرينة إنعدام التمييز فى المجنون والصغير غير المميز وبالتالى عدم مسئوليتهما ، وقرينة الصحة فى الأحكام النهائية فلا يجوز الحكم على خلافها ، وقرينة العلم بالقانون بعد نشره

فى الجريدة الرسمية فلا يجوز الدفع بالجهل به وقرينة عدم وقوع الجريمة عند التنازل عن الشكوى أو الطلب فى الأحوال الى يستلزمها فيها القانون أو عند عدم تقديها فلا يمكن السير فى الدعوى ، وقرينة حالة الإنفعال عند توافر عذر الإستفزاز المبين بالمادة ٣٣٧ عقوبات فلا يمكن الحكم بعقوبة الجناية ، وهكذا .

وأقل هذه القرائن غير قاطع ومن ذلك قرينة الإثبات المستمدة من وجود أجنبى فى بيت مسلم فى المحل المخصص للحريم فى جريمة الزنا (م٢٧٦ عقوبات) وقرينة علم المتهم المحكوم عليه بالحكم الغيابى الصادر ضده إذا أعلن به فى محل إقامته ولم يعلن إلى شخصه لإنه يجوز له إثبات جهله بصدور الحكم بما ينبنى عليه من عدم سريان ميعاد المعارضة من يوم الإعلان بل من يوم العلم الفعلى (م٣/٣٩٨ إجراءات) .

القرائن الموضوعية :

ويطلق عليها غالباً القرائن الفعلية أو القضائية وهى كل إستنتاج لواقعة مجهولة من واقعة معلومة بحيث يكون الإستنتاج ضرورياً بحكم اللزوم العقلى ، وليس فيها شيء يمكن عده قاطعاً بل أن أمرها كلها متروك لتقدير القاضى وهى من طرق الإثبات الأصلية فى المواد الجنائية [١٢٩] ، والقرائن القضائية هى الدليل غير المباشر وهى المصدر التاريخى للقرائن القانونية ذلك أن الشارع يقرر القرينة القانونية إذا ما لاحظ إستقرار القضاء وإضطراده على قرينة معينة فيقر على ذلك وينص عليها فتتحول إلى قرينة قانونية [١٣٠] ، وهى لا حصر لها ومن أمثلتها : وجود بصمة أصبع المتهم فى مكان الجريمة كقرينة على مساهمته فيها أو ظهور علاقات ثراء عليه كقرينة على إختلاسه المال أو تعدد سوابقه فى نوع معين من الجرائم كقرينة تكميلية على إرتكابه الجريمة الجديدة أو وجود إصابات به كقرينة على إشتراكه فى المعركة أو طريقة إخفائه المال المسروق كقرينة على العلم بمصدره أو إستعمال سلاح قاتل والتصويب فى مقتل كقرينة على توافر نية القتل أو عدم تنفيذ الإلتزام برد المال موضوع عقد الأمانة فى المعياد المتفق عليه رغم المالطبة بالرد كقرينة على حدوث خيانة الأمانة وهكذا وكل ذلك بشرط أن يعجز المتهم عن تعليل هذه الوقائع تعليلاً مقنعاً .

والفرق بينه وشهادة الشهود إن الإثبات فى الأولى غير مباشر لإنه إستنتاج واقعة من أخرى أما الثانية فالأصل إنها تنصب مباشرة على نفس الواقعة المطلوب إثباتها ، وقد تكون الواقعة بدورها غير مباشرة مستمد منها قرينة من القرائن .

والفرق بين القرائن والدلائل أن الإستنتاج فى الأولى يكون من وقائع تؤدى بالضرورة إليها وبحكم اللزوم العقلى فلا تقبل تأويلاً آخر مقبولاً ومن ثم يصح أن تكون القرائن وحدها دليلاً كافياً للإدانة ولو فى قتل عمد ما دام الرأى المستخلص منها مستساغاً [١٣١] حين إن الثانية لا يكون الإستنتاج فيها لازماً بل قد تفسر على أكثر من وجه وتقبل أكثر من إحتمال ، ومن ثم لا تكفى وحدها للإدانة حتى وإن كانت تكفى لإتخاذ إجراءات الإستدلال ولتحقيق

الإبتدائى كالقبض والتفتيش والحبس الإحتياطى ، وهذه الدلائل لا تدخل تحت حصر أيضاً ويستنتجها القاضى من القاضى من الوقائع الثابتة أمامه فللمحكمة أن تستخلص إشتراك أشخاص فى سرقة من وجودهم مع من يحمل المسروقات سائرين معه فى الطريق ودخولهم معه فى المنزل وإختفائهم فيه [١٣٢] ، والفرق بين القرائن والدلائل قد يكون فى بعض الصور فرقاً فى التقدير بين إنسان وأخر لا أكثر ولا أقل أي فرق موضوعى بحت ، والإستنتاج كثيراً ما يتفاوت تفاوتاً كبيراً بين قاض متحفظ فى تقدير الدليل وأخر غير متحفظ فيه خصوصاً عندما تكون قرائن الأحوال وحدها هى المطروحة بين يديهما [١٣٣] .

ولا يخضع تقدير الدليل المستمد من القرائن لرقابة محكمة النقض إلا بقدر ما تباشره هذه من إشراف على سلامة الإستدلال وإستخلاص النتائج من المقدمات وما تتطلبه فيه من أن يكون سوياً متفقاً مع العقل والمنطق السليم وبقدر ما يلزم فى الإدانة من أن تكون مبنية على الجزم واليقين لا على مجرد الشك أو الترجيح .

الفصل السادس

الأدلة الأخرى

(المعاينة وخلافها)

الأدلة التى عالجناها فيما سبق لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال فحسب ومن ثم فللمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها بتقديم أى دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة (م٢٩١) .

ولم يتكلم القانون على الإنتقال وإجراء المعاينة فى مرحلة التحقيق النهائى ولعل السبب فى هذا الإغفال يرجع إلى أن المحكمة تجد بين أوراق التحقيق الإبتدائى محضر معاينة يغنيها عن عادة إعادتها وغالباً ما تكون المعاينة غير مجدية إذا إستطال الوقت بين وقوع الجريمة ومحاكمة المتهم ، على أن للمحكمة طبقاً للمبدأ العام - إن تنتقل وتجرى معاينة إذا وجدت فى ذلك فائدة لظهور الحقيقة وهى تنتقل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم [١٣٤] ، وتخضع المعاينة هنا لكل ما يخضع له ما عداها من الأدلة فيجب أن تجريها بعد تمكين الخصوم من الحضور وإخطارهم بميعادها وإلا كانت باطلة لكن بطلانها نسبى لذا حكم بأن الدفع ببطلان معاينة أجريت فى غيبة المتهم يجب إبداؤه قبل سماع أى شاهد وإلا سقط الحق فيه [١٣٥] ، وإذا رفضت المحكمة طلب إجرائها كان عليها أن تسبب ذلك بأسباب مبررة وإلا كان ذلك إخلالاً بحق الدفاع [١٣٦] متى كان هذا الطلب جوهرياً ولازماً للفصل فى الدعوى على وجه صحيح .

والمعاينة هى إثبات مباشر ومادى لحالة شىء أو شخص معين ، ويكون من خلال الرؤية أو الفحص المباشر للشىء أو للشخص بواسطة من يباشر الإجراء [١٣٧] ، وقد يكون محل إثبات الحالة شيئاً من الأشياء ويستوى أن يكون الشىء متمثلاً فى جسم الجريمة أو آثارها أو وذات المكان الذى وقعت فيه ، وتتم معاينة الأشياء من خلال الإنتقال إليها سواء كان ذلك مقصوداً من أجل إثبات الحالة أو عرضاً أثناء تفتيش المنازل ودخولها بوجه قانونى وإنتقال المحكمة لإجراء المعاينة - سواء من تلقاء نفسها

– أو بناء على طلب الخصوم – يتم بإنتقال أعضاء المحكمة بكامل تشكيلها أى بصحبة عضو النيابة وكاتب الجلسة ، وذلك بإعتبار أن الجلسة تكون منعقدة قانوناً فى مكان المعاينة وبالتالى تخضع لكافة القواعد التى تحكم التحقيق النهائى ، وإذا كانت أهمية المعاينة تبدو بوجه خاص فى مرحلة التحقيق الإبتدائى حيث تكون آثار الجريمة واضحة جلية إلا إنه فى بعض الأحوال قد تكون للمعاينة أهميتها فى مرحلة المحاكمة كما إذا كان القصد منها تحقيق دفاع المتهم حول إستحالة رؤية شاهد الإثبات أو شيوع المكان الذى ضبط فيه المخدر [١٣٨] .

وللمحكمة كذلك عرض المتهم على الشهود وليس لعملية العرض من إجراءات معينة يوجب القانون مراعاتها [١٣٩] ولها أن تعتمد على الدليل المستمد من تطابق البصمات إذ أن ذلك له قيمته وقوته الإستدلالية ، وهى لها أن تطلب إجراء تجربة الكلب البوليسى أو أن تعيد تجربتها وإن تعزز بها ما بين يديها من أدلة [١٤٠] ، ولكن لا يصح الأخذ بإستعراف الكلاب البوليسية كدليل أساسى على ثبوت التهمة [١٤١] .

وهناك من يرى أن محكمة الموضوع لا تملك إجراء التفتيش لإنه من إجراءات التحقيق الإبتدائى فحسب إلا أن إستاذنا الفاضل الدكتور رؤوف عبيد يرى أن المحكمة تملك فى شأن جمع الأدلة ما تملكه سلطات التحقيق الإبتدائى على الأقل [١٤٢] .

فإذا إعتقد قاضى الموضوع إن الدلائل تشير إلى أن جسم الجريمة.أو أي دليل فيها لا يزال موجوداً فى مكان معين فلا تثرب عليه أن قام بالتفتيش بنفسه بحثاً عنه إستناداً إلى نص المادة (٢٩١ إجراءات) ، وبعد التقيد بقاعدة حضور الخصوم جميع إجراءات الدعوى وطرح الدليل عليهم فى الجلسة .

إنما ينبغى دائماً أن يكون الدليل مشروعاً ، ولم يعتبر القضاء الفرنسى من الوسائل المشروعة التنويم المغناطيسى ولا تقليد صوت الغير فى محادثة تليفونية حين أجاز القضاء المجرى التنويم المغناطيسى ، ويعتبر الشريط المسجل خلسة بدون رضاء أحد المتحدثين وسيلة تجسس غير مشروعة وذلك إلا إذا أجرى الحديث فى محل مفتوح للكافة ودون أى إعتداء على الحرمات [١٤٣] .

المطلب الثانى

حرية القاضى فى تكوين عقيدته

يختلف القاضى الجنائى عن القاضى المدنى فيما يتعلق بالإثبات فى أن الأول يتمتع بحرية كاملة فى تكوين عقيدته على عكس الثانى فهو مقيد فى الإثبات بطرق معينة [١٤٤] .

ويأخذ القانون المصرى بمبدأ حرية القاضى الجنائى فى الإقتناع فهو يصدر حكمه تبعاً للعقيدة التى تكونت لديه من الأدلة المطروحة عليه بكامل حريته (م٣٠٢ إجراءات) [١٤٥] ، ويأخذ الحقيقة التى ينشدها من أى موطن يراه فقد تأبى نفسه الأخذ بإقرار المتهم لما يداخله من شك فى صحته وقد يأخذ ببعض الشهادة وينبذ البعض الآخر [١٤٦] .

وهذه القاعدة (حرية القاضى فى تكوين عقيدته) سائدة فى الشرائع الحديثة كلها وهى تقابل نظام الأدلة القانونية الذى كان سائداً فى العالم فى العصور الوسطى والقديمة .

ونظام الأدلة القانونية مقتضاه أن يتقيد القاضى فى حكمه بالإدانة أو بالبراءة بأنواع معينة من الأدلة أو بعدد منها طبقاً لما يرسمه التشريع المطبق دون يأبه فى ذلك بمدى إقتناع القاضى بصحة ثبوتب الواقعة أو عدم ثبوتها ، ومن ذلك مثلاً أن يستلزم عدداً معيناً من الشهود أو أن يقيد القاضى بصفات خاصة فيهم مثل الذكورة أو المهنة أو بلرغ سن معينة أو بصفات خاصة فى شهادتكم كأن تكون شهادة رؤية لا سماع ومبنية على اليقين لا على الترجيح ومنصبة على نفس الواقعة موضوع الدعوى دون غيرها أو بعدد من الأدلة لإمكان الحكم بعقوبات أخرى وأظهر مثل لنظام الأدلة القانونية ما كانت عليه الحال فى فرنسا فى ظل النظام القديم [١٤٧] ، ومتى توافرت هذه الأدلة فإن القاضى لا يكون سيد الموقف فى تقدير قيمتها فى الإثبات بل أن دوره يتمثل فى مجرد التحقيق من قيامها ومراقبة توافر شروطها القانونية لكى يقرر بعد ذلك إقتناعه أو عدم إقتناعه على ضوء توافر هذه الأدلة أو عدم توافرها وإذن فإن عمل القاضى فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون مجرد عملية حساب رياضية لا دخل فيها بإقتناعه الشخصى [١٤٨] .

وهكذا كانت الحال فى كثير من الشرائع وإن إختلفت الصور والتطبيقات التى لا تمس فى شىء الفكرة الأساسية فى النظام .

وقد ظل هذا النظام سائداً فى العالم أجمع لم تخل منه شريعة حتى جاءت الثورة الفرنسية فعدلت عنه الجمعية التأسيسية عندما أقرت مشروع قانون بإدخال نظام المحلفين وقاعدة شفوية المرافعة وفى نفس الوقت نظام الإثبات الجنائى المبنى على حرية القاضى فى تكوين إقتناعه وكان ذلك بتاريخ ١٨ يناير ١٧٩١ ثم إستقر نهائياً فى تشريع تحقيق الجنايات الفرنسى الذى وضع فى سنة ١٨٠٨ [١٤٩] ، وأخذ هذا الناظم الجديد ويطلق عليه أحياناً نظام الأدلة الأدبية أو نظام حرية الأدلة يسود بعد ذلك الشرائع الأوروبية التى وضعت على نسق التشريع الفرنسى تدريجياً لكن ببطء ملحوظ حتى لقد ظلت الشرائع الألمانية والإيطالية والأسبانية متأثرة بدرجات متفاوتة بالنظام القديم إلى أواخر القرن التاسع عشر ثم إستتب الأمر نهائياً له فى العالم أجمع وإنتقل عبر البحار فساد الشرائع الإفريقية والأسيوية الواحدة بعد الأخرى بما فى ذلك الصينية واليابانية [١٥٠] .

وساعد على إنتشاره وإستتاب الأمر له ظهور الأدلة العلمية وتقدمها مثل تلك المستمدة من الطب الشرعى والتحاليل وتحقيق الشخصية ومضاهاة الخطوط وغيرها وهى لا تقبل بطبيعتها إخضاع القاضى لأى قيود بشأنها بل ينبغى أن يترك الأمر فى تقديرها لمحض إقتناعه خصوصاً وإنها كثيراً ما تتضارب مع باقى أدلة الدعوى وذلك فضلاً عن إحتمال تضارب أراء المختصين فى شأنها [١٥١] .

فلا يجوز مطالبة القاضى بالأخذ بدليل معين فالعبرة هى إقتناعه بناء على الأدلة المطروحة عليه فله مطلق الحرية فى أن يقرر بنفسه الحقيقة التى يقتنع بها وهذا النظام يجرى على قضاء التحقيق أسوة بقضاء الحكم على أنه فى هذه الحالة ينحصر تقدير قضاء التحقيق فى مدى قيمة الأدلة لتقديم المتهم للمحاكمة ويكفى لذلك مجرد ترجيح إدانته (١٥٢)

وأهم ما يعلل مبدأ الإقتناع القضائى (أى حرية القاضى فى تكوين عقيدته) أنه يتفق مع أسلوب التفكير العادى والمنطقى فى الحياة العادية وفى البحث العلمى إذ لا يقيد الناس تفكيرهم بأدلة معينة وإنما يستقون الحقيقة من أى دليل ، ويكفل هذا المبدأ إلا تبتعد للحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية فإذ يجد القاضى نفسه طليقاً فى تحرى الواقع من أى مصدر غير ملتزم بدليل معين يفرض عليه التسليم بما يخالف الواقع فإنه يصل فى النهاية إلى قضاء يطابق الحقيقة الواقعية قدر ما يسمح بذلك التفكير البشرى (١٥٣) .

على أن هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل فإقتناع القضاء يجب أن يخضع دائماً للعقل والمنطق . فلا يمكن ولا يجوز أن يعنى مبدأ الإقتناع الذاتى للقاضى أكثر من هذا ولا يصح أن يكون معناه إطلاق حرية القاضى فى أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته ومحض تصوراته الشخصية مهما كانت وجاهتها ، وبناء على ما تقدم فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم . فالتثبت الحر يعنى أن القاضى حر فى تقييم أدلة الإثبات دون قيد غير مراعاة واجبه وليس معناه أن يقضى بما يشاء فهذا هو التحكم بعينه (١٥٤) .

وكذلك عندما يكون القاضى إقتناعه يجب أن يكون إقتناعه مبنى على اليقين فالخصومة الجنائية تهدف إلى معرفة الحقيقة المطلقة مما يقتضى أن يصدر حكم القاضى بالإدانة عن إقتناع يقينى بصحة ما ينتهى إليه من وقائع . فالحقيقة لا يمكن توافرها إلا باليقين لا مجرد الظن والإحتمال ، وبعبارة أخرى فإن اليقين هو أساس الحقيقة القضائية ، وفضلاً عن ذلك فإن هذا اليقين هو الذى يولد ثقتنا فى عدالة حكم القضاء ، واليقين القضائى ليس هو اليقين الشخصى بل هو اليقين الذى يفرض نفسه على القاضى وعلى كافة من يتطلعون بالعقل والمنطق إلى أدلة الدعوى .

وهنا يجب ملاحظة أن الإقتناع بالحقيقة يمر بدرجات مختلفة وفقاً لمراحل التحقيق والحكم . ففى مرحلة التحقيق يكفى مجرد رجحان إدانة المتهم حتى تتقرر إحالته إلى المحكمة أما فى مرحلة الحكم فيجب أن يتوافر اليقين التام بالإدانة لا مجرد الترجيح (١٥٥) .

وكثيراً ما تعبر محكمتنا العليا عن هذه القاعدة الأساسية فى الشرائع الحديثة ألا وهى قاعدة حرية القاضى فى تكوين إقتناعه يمثل قولها « أن أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاض الموضوع فى تقدير الأدلة فى الدعوى فما دام يبين من حكمه إنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها فلا تجوز مصادرته فى إعتقاده ولا المجادلة فى حكمه

أمام محكمة النقض كما لأنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا إطمأن ضميره إليها بشرط أن يكون الإطمئنان مستمداً من أدلة قائمة فى الدعوى يصح فى العقل أن تؤدى إلى ما إقتنع به القاضى ما دام الأمر كذلك فلا تجوز المجادلة فى حكمه أمام محكمة النقض [١٥٦] .

وللقاضى حريته فى الإعتماد على أى دليل ما دام يؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها سواء بطريق مباشر أم غير مباشر وبعبارة أخرى أن له أن يكمله بالمنطق ويستخلص منه ما هو مؤد إليه حتماً [١٥٧] .

كما قضى بأنه متى إقتنع القاضى – من الأدلة المطروحة أمامه – بأن المتهم إرتكب الجريمة المرفوعة بها الدعوى عليه وجب أن ينل به العقاب ويكون فى حل من عدم الأخذ بدليل النفى ولو تضمنته ورقة رسمية ما دام هذا الدليل غير مقطوع بصحته ويصح فى العقل أن يكون مخالفاً الحقيقة [١٥٨]

وفى النهاية أن القاضى يحكم بمحض إقتناعه بحسب ظروف كل دعوى على حده لا يقيده رأى سبق إن أبداه فى دليل قدم إليه هو شخصياً أو لغيره من القضاه فى دعوى أخرى ولو تماثلت الظروف بين الدعويين أو بين الدليلين ، وقد قابلنا أثناء إستعراض أدلة الإثبات المختلفة فى المطلب السابق تطبيقات جمة لكل دليل منها وبينا كيف أن للمحكمة الكلمة الأخيرة فى تقدير الدليل طبقاً لما قد تراه بحسب مدى ملاءمته للمنطق المعقول ولظروف الواقعة محل الإثبات أو النفى فضلاً عن مدى التئام كل ذلك مع باقى الأدلة الأخرى المطروحة فى الدعوى " وإن كانت الحال لا تخلو أحياناً من تقيد المحكمة بقيود أشرنا إليها فى حينها قبل إلتزامها بالأخذ بالقرائن القانونية القاطعة ، وبحجية بعض المحررات الرسمية مثل محاضر الجلسات إذا ثبت فيها أن إجراءً معيناً قد أتبع ومحاضر المخالفات ما لم يثبت ما يخالفها وهكذا "

رقابة محكمة النقض :

لا يخضع تقدير القاضى للأدلة وفقاً لهذا النظام إلى رقابة محكمة النقض فليس لها أن تراقبه فى تقديره وكل ما لها أن تراقبه هو صحة الأسباب التى إستدل بها على هذا الإقتناع وبإستقراء قضاء النقض نجد أنها قد مارست رقابتها على منطق محكمة الموضوع فى إستخلاص الدليل . فإشترطت أن تكون النتيجة الى إنتهت إليها تتفق مع العقل والمنطق فالقاضى . ليس مكلفاً ببيان أسباب إقتناعه الشخصى ولكنه مكلف ببيان أسباب الحكم الذى إنتهى إليه وهو فى مقام هذه الأسباب لابد أن يذكر الأدلة التى أعتمد عليها وكانت مصدراً لإقتناعه ولكنه غير مكلف بتحديد علة إقتناعه بهذه الأدلة بالذات فهو مكلف بإثبات بما إقتنع ولكنه غير مطالب بإثبات لماذا إقتنع . وقد تمكنت محكمة النقض عن طريق مراقبتها لصحة الأسباب أن تراقب معقولية إقتناع قاضى الحكم ، والمحكمة العليا محقة فى هذه الرقابة لأن الإقتناع المطلوب من القاضى ليس هو الإقتناع بالترجيح أو الإحتمال وإنما هو إقتناع باليقين وإشتراط هذا اليقين هو الذى يمكن

المحكمة العليا من مراقبة معقولية إستخلاص القاضى من مصدر الدليل [١٥٩] .

ذلك فى حين يرى الدكتور محمود حسنى أنه يترتب على إعتراف الشارع للقاضى بالسلطة فى تقدير القيمة الإقناعية لكل دليل على حده والقيمة الإقتناعية للأدلة مجتمعة أنه قد أعتبر هذا المجال موضوعاً لسلطة تقديرية كاملة لقاضى الموضوع ويعنى ذلك إعتباره مجالاً مغلقاً دون رقابة محكمة النقض فلا يجوز لها أن تناقش إقتناع القاضى فتقول أنه ما كان يجوز له أن يقتنع بدليل معين أو أنه كان يتعين عليه الإقتناع بدليل معين ، ولكنه يرى أيضاً أن سلطة محكمة الموضوع ليست مطلقة فيجب ألا يجافى تقديرها للمنطق كما سبق أن بينا [١٦٠]

قيود حرية القاضى فى تكوين إقتناعه

تنظم حرية القاضى الجنائى فى تكوين إقتناعه قواعد هامة هى بمثابة قيود رسمها الشارع على مبدأ قضاء هذا القاضى بمطلق عقيدته ضماناً للمتهمين ضد خطأ القضاء أو تسرعه وتنظيماً لحسن سير العدالة وبعضها عام على جميع الدعاوى الجنائية حين أن بعضها الآخر مقصوراً على دعاوى معينة " كدعوى الزنا" أو على أمور معينة دون غيرها " كإثبات المسائل المدنية أمام المحاكم الجنائية " أو قيود خاصة بأدلة معينه ، وهذه القواعد هى :

الاولى : أن إقتناع القاضى ينبغى أن يكون يقيناً ومؤسساً على أدلة صحيحة فى القانون طرحت للمناقشة فى الجلسة " مبدأ شفوية المرافعة " .

الثانية : إن إقتناعه بإدانة المتهم فى جريمة الزنا مقيد بأدلة معينة نص عليها صراحة قانون العقوبات .

الثالثة : أن إقتناعه مقيد فى المسائل غير الجنائية بطرق الإثبات الخاصة بها .

الرابعة : ببعض القيود الخاصة بإلتزامه بأدلة معينة وسنعالج كل قاعدة من هذه القواعد فى فصل على حده .

الفصل الأول

الإقتناع اليقينى بأدلة صحيحة طرحت للمناقشة

الإقتناع اليقينى :

يبنى الحكم الجنائى على الجزم واليقين لا على مجرد الظن أو الترجيح إذ أن الشك يفسر لمصلحة المتهم أخذاً بقاعدة أن الأصل فى الإنسان البراءة وهى القاعدة الحكيمة الى عبرت عنها المادة ٦٧ من الدستور بأن " المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه " ولذا أوجبت المادة ٣٠٤ إجراءات أنه " إذا كانت الواقعة غير ثابتة تحكم المحكمة ببراءة المتهم " فليس للقاضى أن يؤسس قضاءة بالإدانة على ترجيح ثبوت التهمة وإلا كان معيباً يستوجب نقضه [١٦١] ، أو على دليل ظنى مبنى على مجرد الإحتمال [١٦٢] فليس له أن يدين المتهم دون القطع برأى فى صحة شهادة شاهد نفيه الذى قال أن المتهم كان معه فى وقت الحادث بنقطة الشرطة [١٦٣] أو دون القطع بأنه لم يكن فى حالة دفاع شرعى [١٦٤] .

أو دون القطع بتوافر السببية بين الخطأ المسند إليه وإصابة المجنى عليه [١٦٥] لكن للقاضي أن يؤسس قضاءه بإدانة المتهم على ترجيح فرض على آخر [١٦٦] كما إذا كان التقرير الطبى مؤسساً على الترجيح فسحب فلا لوم على القاضي إذا هو جزم ذلك بصحة ما رجحة التقرير لإتفاقه مع وقائع الدعوى وباقى أدلتها كما إقتنع بها ولا حاجة لبيان أوجه الترجيح متى كانت الوقائع والأدلة الى سردها تساعد عليه من غير حاجة إلى بيان جديد [١٦٧] .

صحة الدليل :

ينبغى ألا يؤسس القاضى إقتناعه على دليل لحقه سبب يبطله وبعدم أثره إذ لا يصح أن يبنى حكم صحيح بالإدانة أو بالبراءة على دليل باطل فى القانون .

فيجب أن يكون إقتناع القاضى مبنياً على دليل مستمد من إجراء صحيح فلا يجوز الإستناد إلى دليل أستمد من إجراء باطل وإلا بطل معه الحكم وذلك تطبيقاً لقاعدة ما بنى على الباطل فهو باطل [١٦٨] .

فمن حق القاضى بل من واجبه رفض قبول الدليل المستمد من أوراق تحصل عليها صاحبها عن طريق الجريمة كالسرقة أو النصب أو الخيانة أو خيانة الأمانة أو من دليل جاء نتيجة إجراءات باطلة كأوراق ضبطت لدى المحامى عن المتهم على خلاف القانون أو كدليل مستمد من أقوال شاهد أفشى سر المهنة فى شهادته فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً (م٣١٠ عقوبات) أو كدليل مستمد من قبض أو تفتيش باطلين متى دفع بالبطلان من صاحب الشأن فى الوقت المناسب أو كدليل مستمر من أقوال شاهد أدلى بها تحت تأثير إكراه أو تهديد أيا كان قدره [١٦٩] .

على أنه إذا كان يشترط فى دليل الإدانة أن يكون مشروعاً فقد جرى قضاء محكمة النقض على أن المشروعية ليست بشرط واجب فى دليل البراءة إستناداً إلى حرية المتهم الكاملة فى إختيار وسائل الدفاع [١٧٠] وينتقد إستاذنا الدكتور رؤوف عبيد هذا القضاء فيرى أنه فى غير محله من عدة جوانب : منها مخالفته لمبدأ شرعية الدليل فى المواد الجنائية والمدنية على السواء والذى يعد تطبيقاً مباشراً لنص المادة ٣٣٦ إجراءات التى تقضى بأنه " إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التى تترتب عليه مباشرة " وهى لا تفرق بين دليل للإدانة وآخر للبراءة ثم أنه ليس للقضاء أن يقر قاعدة أن الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانوني صحيح وهو إذا أقرها فى خصوص جواز إثبات البراءة بكل السبل فقد يقال فيما بعد أنه حتى التزوير والشهادة الزور وإرهاب الشهود حتى يعدلوا عن أقوالهم تصبح كلها أموراً مشروعة لإثبات البراءة ، وهذا ما لا يمكن أن يقول به أحد ولكن ينتهى إليه حتماً منطق هذا القضاء الخاطىء [١٧١] ونحن نؤيد وجهة نظر إستاذنا فى هذا الشأن وما أبداه من نقد لهذا القضاء لنفس الحجج التى ساقها .

وإذا كان هذا هو شأن الدليل فى الحكم الصادر بالبراءة فما بالنا بالدليل الذى يستند عليه

الحكم الصادر بالإدانة فيشترط إلا يستدل الحكم على ثبوت الواقعة بدليل باطل فى القانون أى جاء وليد إجراءات معينة مخالفة للقواعد المختلفة التى رسمها القانون الإجرامى وحتم إتباعها فى جميع الإستدلالات أو فى التحقيق الإبتدائى أو النهائى ، وإلا كان إستدلالاً فاسداً معيباً ومن ذلك إن يستدل عنه بما أسفر عنه دليل تفتيش باطل أو قبض معيب أو إستجواب مخالف للقانون أو إعتراف مشوب بإكراه أو محرر مسروق أو بمعلومات وصلت إلى شاهد عن طريق مخالف للنظام العام أو حسن الآداب كإستراق السمع أو التجسس من ثقوب الأبواب أو بناء على محضر مطبوع لا يحمل سمة الجد ولا يصلح مأخذ لدليل سليم إلى آخره .

وإلا لو سمح القانون للمحكمة أن تستدل بدليل من هذا الأنواع أو آخر لأصبحت حبراً على ورق الضمانات التى فرضها تحقيقاً لإعتبارات عليا من المحافظة على حرية المواطنين وكرامتهم وحرمة مسكنهم وكفالة الثقة المطلوبة بين الحاكمين والمحكومين فضلاً عن ثقة المواطنين فى قضائهم تلك الثقة التى هى أثمن ما يعتز به مجتمع راق حريص على حرمات أفراده وكرامتهم (١٧٢)

طرح الدليل فى الجلسة :

منعت المادة ٣٠٢ إجراءات القاضى من بناء حكمه على علمه الخاص وعلى أى دليل لم يطرح أمامه فى الجلسة لأن القاعدة هى أن لا يحكم إلا بناء علي التحقيقات التى تحصل بالطرق والشروط القانونية لا بناء على معلوماته الشخصية أو بناء على ما يكون قد رآه بنفسه أو حققه فى غير مجلس القضاء (١٧٣) فطرح الدليل بالجلسة من ضمن الضمانات التى حرص عليها القانون فمقتضى إستلزام المادة ٣٠٢ إجراءات أن يكون الدليل المعول عليه طرح بالفعل فى الجلسة هو أن يكون ضمن أوراق الدعوى الموضوعية تحت التصرف والتى أتيح للخصوم الإطلاع عليها ومناقشتها فى الجلسة إذا ما شاءوا حتى ولو لم يناقشوها بالفعل (١٧٤) فلا يسوغ للقاضى أن يستند فى حكمه على دليل ليس له أصل فى الأوراق ولم يحققه فى الجلسة طالما كان ذلك ممكناً ، ويقع بذلك باطلاً إذا أسند إلى دليل إستمده القاضى من معلومات أو من سماع شهادة شاهد لم تدون بالأوراق . فالقانون حين إستلزم وجوب تحرير محضر للجلسة فإنما فعل ذلك حتى تكون الأدلة التى يستند إليها الحكم قائمة وثابتة بأوراق الدعوى منعاً للتحكم وتحقيقاً للعدالة فى نفس الوقت بإعتبار أن القاضى يمكنه أن يرجع إلى محضر الجلسة لتقدير شهادة الشاهد وفى نفس الوقت يمكن هذا التدوين للمحكمة المطعون أمامها من تقرير الحكم من حيث إستخلاصه للأدلة السائغة ولا يكفى أن يكون ثابتاً بالأوراق واقعة حصول الدليل بل يلزم أن يكون ما إستمده القاضى من هذا الدليل قائماً فعلاً فى الأوراق بمعنى أنه لا يكفى أن يكون مدوناً بمحضر الجلسة شهادة شاهد إذا كان الحكم قد إستند إلى بعض أقواله وكانت هذه الأقوال لم تدون بالمحضر ومع ذلك فالقاضى ليس ملزماً بأخذ

الدليل بأكمله أو طرحه بأكمله بل من حقه أن يجزئه فيأخذ منه ما يطمئن إليه ويطرح الباقى [١٧٥] .

وقاعدة وجوب طرح الدليل فى الجسلة ما هى فى النهاية سوى تطبيق للقاعدة العامة فى شفاهية المرافعة فى المواد الجنائية ، وبوجه خاص هى تطبيق للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٣٤٠ مرافعات من أنه : « لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه ، وكذلك لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها [١٧٦] .

ونتيجة لذلك لا يجوز للقاضى أن يستند فى حكمة إلى علمه الخاص ، ولكن ليس معنى ذلك أنه لا يجوز له أن يعتمد فى قضائه على قواعد الخبرة العامة أو الوقائع المعلومة للكافة . فهذه أو تلك لا تحتاج إلى دليل ويمكن للقاضى الإستناد إليها ويقصد بقواعد الخبرة العامة هى تلك التعريفات والقيم المفترضة المؤكدة ذات المضمون العام الذى لا يرتبط بالحالة المعروضة وظروفها وإنما يكتسب بالمعرفة العلمية ، وأصبح حقيقة مجردة لا تحتاج إلى إثبات ومن أمثلتها : القواعد الهندسية والظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية وقاعدة تمدد الأجسام الصلبة بالحرارة وجدول الضرب . . . إلخ بينما يقصد بالوقائع العمومية للكافة تلك الوقائع والحوادث الشائعة فى المجتمع والتى تدخل فى الثقافة العامة لبيئة إجتماعية معينة ويعلمها الكافة كأيام الأعياد ومواعيد إنعقاد الأسواق فى القرى وتاريخ حدوث زلزال أو وقوع إضطراب أو شغب عام فى ناحية معينة أو معرفة المسافة بين بلدين ... إلخ [١٧٧]

الفصل الثانى

الادلة فى جرائم الزنا

يعرف الدكتور أحمد حافظ نور جريمة الزنا بقوله " الزنا هو إرتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع توافر القصد الجنائى مع إمرأة أو رجل برضاهما حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً " فلا يكون الشخص زانياً إلا إذا كان متزوجاً ، وإذا بحثنا فى التشريعات التى تجرم فعل الزنا وأقوال الشراح فيها حول تعريف هذه الجريمة لوجدناها لا تخرج عن المعنى الذى أخذ به القانونان المصرى والفرنسى " فلا يكون الشخص زانياً إلا إذا كان متزوجاً " إذ يريد القانون بالعقاب حماية العلاقة الزوجية بعدم تدنيس فراش الزوجية مما يؤدى إلى قطع العلاقة الزوجية فتنهار الأسرة التى هى نواه المجتمع أما غير المتزوجين البالغين فقد أهملهم القانون ولم يتعرض لهم بالعقاب بإعتبار إن زناهم لا يؤثر فى العائلة وإن كان يمس قواعد الأخلاق ولا صلة للقانون بها ما لم يدخل فعلهم تحت نص آخر من نصوص القانون كالفعل الفاحش العلنى مثلاً [١٧٨] وإعتقد إنه يجب على المشرع المصرى التدخل لمعالجة هذا القصور ليدخل غير المتزوجين فى نطاق القواعد المنطقية على المتزوجين بشأن جريمة الزنا فإذا كان عدم خضوع فعل غير المتزوجين لهذه الجريمة يجد ما يبرره فى فرنسا أو فى الشرائع

الأوروبية والغربية فمما لا شك فيه أننا مجتمع شرقى وإسلامى يستوى فى نظر أفراده أن يقع فعل الزنا من متزوج أو غير متزوج لتوقيع العقاب عليه تحت هذا الوصف وإلا كانت العدالة قاصرة وتأذت المشاعر الإنسانية !

ونصت المادة ٢٧٦ عقوبات على أن " الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو إعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم " فيبطل الحكم بإدانته إذا أعتمد فيها على أدلة أخرى [١٧٩] .

وتقيد الأدلة على هذا النحو يقرره القانون بالنسبة لشريك الزوجة الزانية فقط أما الزوجة نفسها فتخضع للقاعدة العامة من حيث جواز ثبوت زناها بأية وسيلة وكذلك يخضع الزوج الزانى وشريكته لهذه القاعدة العامة ، ويترتب على الإختلاف بين وضع الزوجة ووضع شريكها من حيث الإثبات جواز أن تدان الزوجة لإقتناع القاضى بإتكابها الجريمة ويبرأ شريكها لإنه لم يتوافر ضده الدليل القانونى [١٨٠] .

وإذا كان هذا الرأى الشائع فقهاً وقضاء إلا أن أستاذنا الدكتور رؤف عبيد يلاحظ عليه إنه متعارض مع صريح نص المادة ٢٧٦ التى تتحدث عن " المتهم بالزنا " وهو وصف يصدق على شريك الزوجة الزانية كما يصدق - من باب أولى - على الزوجة الزانية ولا إجتهاد مع وضوح النص خصوصاً فيما يسىء إلى المتهم [١٨١] .

وأياً كان التأويل الصحيح للمادة ٢٧٦ فقد ذهبت محكمة النقض إلى أنه بوجه عام " يجب على القاضى فى مثل هذه المواد المخلة بالعرض والشرف ألا يقبل مطلق دليل ولا أن يؤول الوقائع تأويلاً فى مصلحة الإتهام بل يجب عليه الإعتراف مع القانون بأنها مما يجب التحرج الشديد فى قبول أدلتها وفى إستنتاج النتائج من وقائعها أخذاً بتلك القاعدة الحكيمة وهى قاعدة درء الحدود بالشبهات [١٨٢] .

وفيما يلى بيان لهذه الأدلة التى تقبل وحدها فى إثبات التهمة على المتهم بالزنا :

اولا : التلبس بالجريمة :

يختلف معنى التلبس فى جريمة الزنا عن معناه العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٠ من قانون الإجراءات ، وكذلك يختلف الغرض من التلبس فى الحالتين ففى المادة ٣٠ الغرض من التلبس هو بيان الأحوال الى يجوز فيها لمأمور الضبطية القضائية إجراء التحقيق أو يجوز للنيابة العامة إتخاذ إجراءات خاصة فى النحقيق لا تتخذ فى غير حالة التلبس .

ومعروف أن معنى التلبس العادى أو العام هو أن يشاهد المجرم وقت إرتكابه الجريمة أو عقب إرتكابها ببرهه يسيرة أو إذا تبعه المجنى عليه أو العامة بالصياح أو إذا كان حاملاً أشياء أو به علامات كل ذلك عقب وقوعها ببرهة يسيرة ، وقد عرفه بعضهم بأنه التقارب الزمنى بين وقوع الفعل المنهى عن إتيانه وبين الكشف عنه أو التلبس الذى يعنينا فى جريمة الزنا أو المقبول كدليل ضد

الشريك من الأدلة الأربعة المذكورة على سبيل الحصر ومنها أن تكون المرآه وشريكها فى حالة تقطع بحصول الزنا ولا تدع مجالاً للشك فى وقوعه سواء تم هذا عن طريق رؤيتهما أو سماعهما [(١٨٣)] .

فالتلبس بالجريمة من نوعين : تلبس حقيقى أو فعلى ويتم بالمشاهدة . وتلبس حكمى ويتم بمشاهدة أدلة الجريمة بالجانى عقب وقوعها بوقت قريب [(١٨٤)] ، وتطبيقاً للتلبس الحكمى قضت محكمة النقض بأنه تكفى أن يكون شريك الزانية قد شوهد معها فى ظروف لا تدع مجالاً للشك عقلاً بأن الزنا قد وقع [(١٨٥)] .

والفرق واضحاً بين الظروف المكونة لحالة التلبس وبين طرق الإثبات التى يمكن بواسطتها إقامة الدليل على هذه الحالة فيجب عدم الخلط بينهما . إذ أن كل ما أوجبه القانون لمعاقبة الشريك هو مفاجأته حين تلبسه بالجريمة ولكنه لم يرد حصراً أو تحديداً لطرق إثبات التلبس بالجريمة فلا يجب مثلاً أن تكون حالة التلبس بمحاضر يحررها مأمور الضبط القضائى ، ويجوز إثباتها بشهادة الشهود بل يجوز للقاضى أن يكون إعتقاده بوجودها من جميع طرق الإثبات العادية ، وقد لاحظ أحد الشراح المصريين " الأستاذ راغب عطيه " على أحكام القضاء المتعلق بالتلبس إن المعنى الذى أخذ به هذا القضاء فى خصوص جريمة الزنا معنى واسع بحيث يشمل حالات ليس من المؤكد وقوع الزنا بها وإن كان ظاهر الوقائع يدل على وقوعه [(١٨٦)] .

ويلاحظ أن تقدير المواد بحالة التلبس أمر موضوعى إلا أن إعتبار الواقعة تلبساً بالمعنى القانونى يخضع لرقابة محكمة النقض [(١٨٧)] .

ثانياً الإعتراف :

المقصود هو إعتراف الشريك أو بوجه عام المتهم بالزنا على نفسه . فالإعتراف لا يسرى على حق الشريك إذا صدر من الزوجة على نفسها وعليه فهو لا يؤخذ إلا بإعترافه هو على نفسه إعترافاً صادراً عن إرادة حرة مميزة [(١٨٨)] .

ولا يغنى عن إعتراف الشريك على نفسه إعتراف الزوجة على نفسها وعلى شريكها وذلك لإنه قد يكون هذا الإعتراف الأخير نتيجة تدبير سابق بين الزوجة والشريك المزعوم للحصول على حكم بالطلاق أو بين الزوجة وزوجها للحصول من الشريك على تعويض [(١٨٩)] ، ويستوى صدور هذا الإعتراف أمام مأمور الضبط القضائى أو فى مرحلة التحقيق أو المحاكمة [(١٩٠)] .

ثالثاً: المكاتيب والأوراق :

ويقصد بهذا الدليل أن يصدر من الشريك خطابات أو أوراق مكتوبة بخطه أو موقعاً عليها منه أحد الأمرين فقط يكفى : الكتابة أو التوقيع متى ثبت للقاضى أنها صادرة منه أو كان إعترافاً أمام قاضى التحقيق أو أحد رجال الضبطية القضائية متى كان موقعاً عليه منه ، ويجب لإمكان إثبات صدور الأوراق من الشريك إحالتها إلى خبير الخطوط فى حالة ما إذا لم يثبت هذا الأمر بشهادة الشهود والقرائن ، ولا ضرورة لأن تكون تلك

المكاتيب متضمنة إعترافاً صريحاً بوقوع جريمة الزنا بل يكفى أن يكون فيها ما يدل على ذلك . أما تلك الخطابات الصادرة من الزوجة إلى شريكها وتعليقه عليها منه وتلك الخطابات المرسلة من الشريك ولكنها ليست مكتوبة منه فلا تصلح دليلاً على الإشتراك [١٩١] هذا وإن كان بعض قضاء النقض الحديث لم يستلزم صدور المكاتيب من شريك الزوجة الزانية بل إكتفى بصدورها منها هى إذا إقتنعت محكمة الموضوع بصحة دلالتها على حصول الزنا مع باقى الأدلة والقرائن الأخرى القائمة فى الدعوى ، وقد حكم بأن ضبط صورة لدى الزوجة تمثلها مع شخص غريب فى وضع مريب لا ينهض دليلاً على الزنا فضلاً عن أن الصورة ليست كتابة وليست صادرة من الشريك نفسه [١٩٢] .

ويشترط أن يكون الحصول على المكاتيب والأوراق بطريقة مشرعة سواء فى إثبات الجريمة على المتهم بالزنا أم على شريكته وعلى المتهمة بالزنا أو على شريكها هذا وقد حكم بأن للزوج أن يستولى ولو خلسة على ما يعتقد وجوده من وسائل العشيق فى حقيبة زوجته الموجودة فى بيته وتحت بصره [١٩٣] .

رابعاً : تواجد الشريك فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم:

أضيف هذا الدليل عند تعديل قانون العقوبات فى سنة ١٩٠٤ مراعاة للتمشى مع عرف البلاد ودينها الرسمى وهو الإسلام [١٩٤] ، ووجود المتهم فى المكان المخصص للحريم فى منزل الشخص المسلم لم يخرج عن كونه قرينة قانونية على إرتكاب الزنا وإنما هو قرينة غير قاطعة تقبل إثبات العكس فتسقط إذا أثبت المتهم أن وجوده كان بسبب آخر كما إذا كان صانعاً يجرى إصلاحات فى البيت مثلاً ، وقد حكم بأن المراد بمنزل مسلم إنما هو منزل الرجل المسلم الذى يقيم فيه مع زوجته ملاحظاً عادات المسلمين فى منع غير ذى محرم من الدخول إلى المحل المخصص للحريم كما تدل على ذلك تسمية محرم وحريم [١٩٥] .

وقد حكم بأنه إذا كانت الزوجة غضبى من زوجها ومقيمة فى منزل خاص لم يساكنها فيه الزوج فوجود أجنبى فى منزلها لا يكون دليلاً على الزنا ، وجاء فى حكم محكمة النقض إن هذه الأدلة ضد الشريك جاءت على سبيل الحصر ولا تقبل القياس ، ومن هذه الأدلة وجود المتهم فى منزل مسلم فإذا وجدت المتهمة نفسها فى منزل المتهم فلا يعتبر هذا دليلاً بذاته على إرتكاب الزنا .

أما الحكمة فى التقييد بلفظ مسلم فهى أن العرف قد جرى عند المسلمين بأن المحل المخصص للحريم لا يدخله أجنبى فإذا دخل الشخص المتهم فى منزل غير مسلم لا يكون دخوله هذا قرينة عليه بالزنا فى نظر المشرع ولكن هذا لا يمنع من أن يعتبر دخوله هذا تلبساً إذا عززته ظروف آخرى [١٩٦] .

الفصل الثالث

الادلة فى المسائل غير الجنائيـة

قد يستلزم الفصل فى الدعوى الجنائية أن يفصل القاضى فى مسألة غير جنائية

ضرورية للحكم في الدعوى ، وذلك يحدث حينما يكون المشرع قد جعل من عناصر الجريمة مواد مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية بأن أدخل في الواقعة الإجرامية عناصر قانونية تنتسب لفرع آخر من فروع القانون ، ومثال ذلك الملكية في السرقة والعقود الخاصة التي تقوم عليها جريمة خيانة الأمانة والزوجية في جريمة الزنا والشيك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد وصفة التاجر في جريمة التفالس بالتدليس أو التقصير ففي جميع هذه الأمثلة قد يثير المتهم دفعاً يتعلق بتلك العناصر القانونية للواقعة والتي تدخل في محيط الفروع الآخرى .

ويتعين على القاضي أن يفصل فيها طالما أن الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف عليها ، ومن هنا فقد لزم القانون القاضي الجنائي في فصله في تلك المواد غير الجنائية أن يتبع طرق الإثبات الخاصة بها فلا يجوز للقاضي الجنائي أن يلجأ في إثبات الزوجية بشهادة الشهود طالما كان القانون قد نظم طرقاً معينة لإثباتها كذلك لا يجوز له إثبات الملكية المتعلقة بعقارات بشهادة الشهود كما إنه يلتزم أيضاً بطرق الإثبات المقررة في القانون المدني بالنسبة للعقود الى تقوم عليها جريمة خيانة الأمانة [١٩٧] . فقد أوجبت المادة ٢٥ إجراءات أن " تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية الى تفصل فيها تبعاً للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل " وهذه المادة تقرر مبدأ مستقراً في قضائنا منذ زمن بعيد لأن المسائل الأولية المختلفة التي قد تثار أمام القضاء الجنائي وتكون غير جنائية لا ينبغي أن يتغير حكم القانون فيها وفي إثباتها بحسب الجهة التي طرحت عليها ، ولإنه إذا قيل بغير ذلك لكان للمدعي المدني أن يتهرب من قيود الإثبات المدنية بإختيار الطريق الجنائي كلما أمكنه ذلك [١٩٨] .

والتقيد بقواعد القانون المدني في الاثبات مقصورة على العناصر المدنية البحتة وكذلك المسائل الفرعية التي قد يتعرض لها القاضي الجنائي وإستثناء من قاعدة الإيقاف [١٩٩] الوجوبي أو الجوازي مثل مسائل الأحوال الشخصية إذا إنقضت المدة الى حددها لصاحب الشأن دون أن يستصدر حكماً فيها من الجهة المختصة بها أما فيما يتعلق بإثبات عناصر الجريمة المختلفة مثل الفعل المادي أو السببية بينه وبين النتيجة أو القصد الجنائي أو الضرر إذا لم يكن ركناً مفترضاً فهو يخضع للقواعد العامة في الإثبات الجنائي وكذلك الشأن أيضاً إذا لم تكن الواقعة المدنية عنصر من عناصر الجريمة بل مجرد دليل إستدلت به المحكمة على ثبوتها ومن ذلك أن تكون الجريمة سرقة وأن تعول المحكمة على شهادة الشهود ولو كانت قيمتها تزيد على ما يجوز فيه الإثبات بالبينة [٢٠٠] أو أن تكون الجريمة هي إخفاء أشياء مسروقة فتعول المحكمة على بخس ثمن الشراء - ولو تجاوز عشرين جنيهاً لإثبات توافر العلم بمصدر الشيء المسروق على الرغم من عدم وجود محرر بالثمن [٢٠١] .

وإذا كان الفعل المادي عبارة عن نفس واقعة التعاقد فلا محل أيضاً للتقيد بقيود الإثبات

المدنية . ذلك أن إثبات عدم مشروعية العقد أو الغش نحو القانون مما يجوز إثباته بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن . فمن باب أولى إذا وصل عدم المشروعية أو الغش فى القانون إلى حد الخضوع لأحكام قانون العقوبات فضلاً عن توافر مانع حينئذ من الحصول على كتابة بسبب خوف المتعاقدين أو أحدهما من الوقوع تحت طائلة العقــاب .

ومن ثم يجوز بكافة الطرق إثبات قيمة القروض وفوائدها الحقيقية المتفق عليها فى جرائم الإعتياد على الأقراض بالربا الفاحش بالغة ما بلغت قيمتها ولو بإثبات عكس المكتوب بالبينة والقرائن كما يجوز ذلك إذا كانت واقعة التعاقد تستر فى حقيقتها إتفاقاً جنائياً على إرتكاب جريمة أو تحريضاً على إرتكابها أو تعاملاً فى مواد مخــدرة .

أو فى نقود مزيفــــة أو تستر نصــباً أو ابتزاز مال بالتهديد وهكذا الشأن كلما كانت الواقعة المدنية تكون عملاً غير مشروع أو آية جريمة من الجرائم [٢٠٢] .

وكذلك تميل محكمتنا العليا إلى القول بأن المحكمة الجنائية تكون فى حل من التقيد بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة ، لأن القانون لا يقيدها بتلك القواعد إلا عند الإدانــة إحتياطيــاً لمصلحة المتهم حتى لا تقــرر مسئوليتــه وعقابــه إلا بناء على الدليل المعتبر فى القانون ولا كذلك البراءة لإنتفاء موجب تلك الحيطة وإسلاساً لمقصود الشارع فى ألا يعاقب برىء مهما توافر فى حقه من ظواهر الإدانــة [٢٠٣] .

الفصل الرابع

بعض القيود الخاصة بإلتزام القاضى بأدلة معينة

ومن القيود الخاصة بأدلة معينة إلتزام القاضى بأن يأخذ بالقرائن القانونية القاطعة فلا يحكم على غير مقتضاها مثل قرينة الصحة فى الأحكام النهائية فلا يجوز الحكم على خلافها وذلك فى نطاق القواعد العامة التى تنظم حجية الأحكام مثل قرينة العلم بالقانون بعد نشــره فى الجريــدة الرســمية فلا يقبل الدفــع بالجهــل بــه ولو إقتنع بصحته ، ومثل قرينة حالة الإنفعال عند توافر عذر الإستقرار المبين بالمادة ٢٣٧ عقوبات فلا يمكن الحكم بعقوبة الجناية ، وهكذا وليست كذلك الحال فى القرائن الفعلية حيث أن تقديرها متروك كلياً للقاض بغيــر معقــب عليه مــن أحــد إلا فى النطاق الذى تراقب فيه محــكمــة النــقـض المســائل الموضوعية [٢٠٤]

ومن القيود الخاصة بأدلة معينة أيضاً إلتزام القاضى بحجية بعض المحررات الرسمية مثل محاضر الجلسات والأحكام إذا ثبت فيها أن إجراء معين قد إتبع ولم يثبت ما يخالف ذلك بطريق الطعن بالتزوير ، ومحاضر المخالفات ما لم يثبت ما يخالفها بأى طريق من طرق الإثبــات [٢٠٥] .

الخاتمــة

تناولنا فى هذا البحث أدلة الإثبات الجنائى المختلفة لما لها من أهمية بالغة فى هذا الشأن سواء من ناحية الثبوت أم من ناحية النفى تقابل كل المشتغلين بهذا الفرع من القانون سواء كان محققاً أم قاضياً أم مدافعاً عن متهم فالإقتناع بثبوت التهمة

يجب أن يكون مبني على اليقين لا على الحدس والتخمين فإن كان هناك شك في أدلة الإتهام يجب أن يطلق سراح المتهم وعلى أية حال خيراً أن يبرأ المسيء من أن يدان البريء خطأ أو تسرعاً فهذا الفرض الأخير تأباه قواعد العدالة كما يأباه الشعور العام لدى الكافة ... ولقد وضح لنا هذا المبدأ في أجل معانيه من خلال تناولنا لموضوع هذا البحث خاصة في مرحلة المحاكمة وعند إقتناع القاضي بثبوت التهمة وتكوين عقيدته في الدعوى .

كما تناولنا بالبحث مدى حرية القاضي في تكوين إقتناعه ورأينا أن القاعدة هي حرية القاضي في تكوين عقيدته ، ولكن توجد قيود على هذه القاعدة ضماناً للمتهمين ضد خطأ القضاء أو تسرعه وتنظيماً لحسن سير العدالة وبعضها عام على جميع الدعاوى الجنائية في حين أن بعضها الآخر مقصور على دعاوى معينة " كدعوى الزنا " أو على أمور معينة دون غيرها " كإثبات المسائل المدنية أمام المحاكم الجنائية " أو قيود خاصة بأدلة معينة " .

وأخيراً أدعي الكمال لبحثي فالكمال لله وحده فما هذا البحث إلا لبنه في بناء ... ومحاولة نرجو الله أن تحظى بالتوفيق فإن كنت قد وفقت فمن فضل الله علي ، وإن كانت الآخرى فما أنا إلا بشراً يحاول أن يجتهد ويخطيء ويصيب .

ونعتذر عما صادفنا من عقبات حالت دون الإستزاده في طرح المواقف الفقهية على صعيد هذا الضرب من البحوث يتصدرها ضيق الوقت وضيق المساحة المسموح لنا بإستغلالها في بحوث الدراسات العليا ، إلا أن تلك المعوقات لا ينبغي لها أن تثبط همتنا على هذا الصعيد أو أن تأخذ سبيلاً لها لتبرير هذا القصور ولكنها بعد كل هذا وذاك حقائق لا يمكن إغفالها في خاتمة كل جهد أو محاولة علمية .

والله ولي التوفيق ...

من لـزم الإستغفار جعل الله لـه من كل ضيق مخرجاً ، ومن كل هم فرجـاً ، ورزقـه الله من حيث لا يحتسب .

« حديث شريف »

مصادر البحث

١- مبادىء الإجراءات الجنائية للدكتور / رؤف عبيد.

٢- ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق للدكتور / رؤوف عبيد.

٣- الوسيط فى الإجراءات الجنائية للدكتور / أحمد فتحى سرور .

٤- شرح قانون الإجراءات الجنائية للدكتور / محمود محمود مصطفى .

٥- الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى للدكتور / مأمون محمد سلامه .

٦- إعتراف المتهم للدكتور/ سامى صادق الملا .

٧- شرح قانون الإجراءات الجنائية للدكتور / سامى صادق الملا .

٨- شرح قانون الإجراءات الجنائيةللدكتور / عادل محمد فريد قوره .

٩- حجية الأوراق الرسمية والعرفية وطرق الطعن بالتزوير للمستشار / محمد أحمد عابدين .

٩- الإجراءات الجنائية للدكتور / محمود نجيب حسنى .

١٠- جريمة الزنا فى القانون المصرى والمقارن للدكتور / أحمد حافظ نور .

١١- أصول الإجراءات الجنائية للدكتور / حسن صادق المرصفاوى .

١٢- بعض أحكام النقض .

هوامش

(١) أستاذنا الدكتور رؤوف عبيد : ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية -الطبعة الثانية - ١٩٧٧ - ص٢٧٨ .

(٢) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر - ص٥٨٧ .

(٣) د. عادل محمد فريد قورة - الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية ص٨٧ .

(٤) د. رؤوف عبيد - " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٨٨ .

(٥) نقض ١٩٤٩/١١/٨ أحكام النقض س١ رقم١٥ ص٢٤ .

(٦) نقض ١٩٤٩/١٢/٢٠ أحكام النقض س١ رقم ٦٨ ص١٩٦ .

(٧) د. عادل محمد فريد قورة - الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزء الثانى ص٨٧ .

(٨) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٨٩ .

(٩) نقض ١٩٦٧/٥/١٥ أحكام النقض س١٨ رقم ١٢٧ ص ٦٥١ .

(١٠) نقض ١٩٤٩/١١/٢٢ المحاماة س٣٠ رقم ٢٦٤ ص٤٦٤ .

(١١) نقض ١٩٥٥/٤/٢٦ أحكام النقض س٦ رقم ٢٨٥ ص٩٣٢ .

(١٢) ١٩٥٧/٣/٢٦ س٨ رقم ٨٣ ص٢٨٨ .

(١٣) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٨٩ .

(١٤) نقض ١٩٦٥/٣/٢٩ أحكام النقض س١٦ رقم٦ ص٢٩٨ ، ١٩٧٠/١/١٢ رقم ٢٠ ص٨٠ .

(١٥) نقض ١٩٥٤/١/١٨ أحكام النقض س٥ رقم ٨٦ ص٢٥٩ .

(١٦) نقض ١٩٥٥/٤/١٦ أحكام النقض س٦ رقم ٢٧٧ ص٩٢٩ .

(١٧) " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " الطبعة الثانية ص٣٧١ .

(١٨) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٩٠ .

(١٩) د. محمود محمود بسيونى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ١٩٦٤ ص ٤٣٤ .

(٢٠) نقض ١٩٥٦/٥/٢٨ أحكام النقض س رقم ١١٨ ص٧٨٤ .

(٢١) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص ٥٩١ .

هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش هوامش

(٢٢) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص ٥٩١ .

(٢٣) د. سامى صادق الملا " إعتراف المتهم " الطبعة الثانية ١٩٧٥ ص٢٥ .

(٢٤) د. سامى صادق الملا " إعتراف المتهم " الطبعة الثانية ١٩٧٥ ص٢٥ .

(٢٥) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٤٣٢ .

(٢٦) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " طبعة-١٩٧٧ ص ٣٩٣ .

(٢٧) د. عادل محمد فريد قورة " الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية " الجزء الثانى ص٨٩ .

(٢٨) نقض ١٩٥٩/٢/٢٧ أحكام النقض س١ رقم ١١٩ ص٣٥٦ .

(٢٩) نقض ١٩٥٠/١/١ أحكام النقض س٢ رقم ١٧٣ ص٤٥٩ .

(٣٠) نقض ١٩٥٥/١٢/٢٢ أحكام النقض س٦ رقم ٦٣ ص٨٨٥ .

(٣١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٤٣٢ ، ٤٣٣ .

(٣٢) د. أحمد فتحى سرور " الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة ١٩٨١ ص ٤٢٩ .

(٣٣) د. سامى صادق الملا " إعتراف المتهم " ص٢٩٢ .

(٣٤) د. سامى صادق الملا " المرجع السابق " ص٢٨٧ .

(٣٥) د. أحمد فتحى سرور " الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية الطبعة الرابعة ١٩٨١ ص ٤٢٢ .

(٣٦) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٩٢ .

(٣٧) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق ص ٣٩٧ " .

(٣٨) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٢٥ .

(٣٩) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٩٣ .

(٤٠) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص ٣٩٧ .

(٤١) د. محمود محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ١٩٦٤ ص ٤٢٥ .

(٤٢) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٤٢٦ .

(٤٣) د. عادل فريد قورة " الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص١١٧ .

(٤٤) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٣٦٩ .

(٤٥) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٣٧٠ .

هوامش

(٤٦) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٩٥ .

(٤٧) د. محمود محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ص ٤٠٨ .

(٤٨) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٣٨٩ .

(٤٩) د. عادل قورة " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص١٢٥ .

(٥٠) نقض ١٩٦٥/٣/١ أحكام النقض س١٦ رقم ٤٠ ص١٧٧ .

(٥١) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٣٨٩ .

(٥٢) د. عادل فريد قورة " الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص١٢٢ .

(٥٣) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٣٨٥ .

(٥٤) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٤٠٩ .

(٥٥) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(٥٦) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٩٥ هامش .

(٥٧) د. عادل فريد قورة " الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص١٢٥ .

(٥٨) د. محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٤١٥ .

(٥٩) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٣٨٢ ، ٣٨٤ .

(٦٠) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " طبعة ٢ - ١٩٧٧ ، ص٢١٨ ، ٢١٩ .

(٦١) نقض ١٩٦١/١٢/٧ أحكام النقض س١٢ رقم ٧٢ ص٣٢٤ .

(٦٢) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص٥٩٦ .

(٦٣) د. عادل فريد قورة " الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية ص١٢٢ .

(٦٤) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٣٨٩ .

(٦٥) د. محمود نجيب حسنى " شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٢ ص٤٦٨ .

(٦٦) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة السابقة ص ٥٩٧ .

(٦٧) نقض ١٩٥٤/٤/٢٠ أحكام النقض س٥ رقم ١٨٥ ص ٥٤٦ .

(٦٨) د. عادل فريد قورة " الوجيز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص١٢٧ .

هوامش

(٦٩) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " - ١٩٧٧ ص ٣٩٨ .

(٧٠) نقض ١٩٦٠/١١/٢٨ أحكام النقض س١١ رقم ١٦٤ ص ٨٤٨ .

(٧١) د. محمود نجيب حسنى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص٤٧١ .

(٧٢) د. محمود محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ص ٤٢٤ .

(٧٣) د. محمود نجيب حسنى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص٤٦٨ ، ٤٦٩ .

(٧٤) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " الطبعة الثانية ص٢١٦ .

(٧٥) نقض ١٩٥١/١/١٥ أحكام النقض س٢ رقم ١٨٨ ص ٤٩٩ .

(٧٦) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " الطبعة الثانية " ص١٨٠ .

(٧٧) نقض ١٩٥١/٢/١٩ أحكام النقض س٣ رقم ٢٤٧ ص٦٤٩ .

(٧٨) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٠١ .

(٧٩) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٠٢ .

(٨٠) نقض ١٩٧٠/١/١٦ أحكام النقض س٢١ رقم ٤٢ ص ١٧٦ .

(٨١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٣٩٥ .

(٨٢) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " ص٢٣٠ .

(٨٣) د. عادل فريد قورة " المرجع السابق " ص١٠٩ .

(٨٤) د. عادل فريد قورة " المرجع السابق " ص١١٢ .

(٨٥) د. عادل فريد قورة " المرجع السابق " ص١١٢ .

(٨٦) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " ص٦٠٥ .

(٨٧) د. حسن صادق المرصفاوى " قانون الإجراءات الجنائية " ص٦٨٩ .

(٨٨) د. عادل فريد قورة " المرجع السابق " ص١١٥ .

(٨٩) نقض ١٩٥١/٤/٢ أحكام النقض س٢ رقم ٣٣٣ ص٩٠٢ .

(٩٠) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص٤٩٣ .

هوامش هوامش

(٩١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٤٠٠ .

(٩٢) د. حسن صادق المرصفاوى " قانون الإجراءات الجنائية " ص٦٨٥ .

(٩٣) د. حسن صادق المرصفاوى " قانون الإجراءات الجنائية " ص٦٩٣ .

(٩٤) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص٤٩١ .

(٩٥) نقض ١٩٤٦/٣/١٢ القواعد القانونية ج٧ رقم ١٤ ص ٩٢ .

(٩٦) د. رؤوف عبيد « ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية » ص ٢٣٠ .

(٩٧) نقض أحكام النقض س٢ رقم٤٢٨ ص١١٨٣ .

(٩٨) نقض ١٩٥١/٥/١٤ أحكام النقض س٢ رقم ٣٦٩ ص ١٥٨٧ .

(٩٩) نقض ١٩٤٩/١٢/١٣ أحكام النقض س١ رقم ١٣ ص١٥٩ .

(١٠٠) نقض ١٩٤٩/١١/٨ أحكام النقض س١ رقم ١٩ ص٥٣ .

(١٠١) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " ص٦٠٧ .

(١٠٢) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٤٠٢ .

(١٠٣) نقض ١٩٤٣/١/١١ القواعد القانونية ج٦ رقم ٦٠ ص٩٥ .

(١٠٤) نقض ١٩٤٥/٤/٢٣ القواعد القانونية ج٦ رقم ٥٦٠ ص ٧١٣ .

(١٠٥) د. محمود نجيب حسنى " قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص٤٩٥ .

(١٠٦) د. محمود محمود حسنى " المرجع السابق " ص٤٠٦ .

(١٠٧) نقض ١٦٦٣/٥/٢٧ أحكام النقض س١٤ رقم ٨٩ ص٤٥٦ .

(١٠٨) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجناذية " ص٦١٠ .

(١٠٩) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " ص٦١١ .

(١١٠) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص٣٦٦ .

(١١١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص٣٦٦ .

(١١٢) د. رووف عبيد " مبادىء الإجراءات الجناذية " ص٦١٢ .

(١١٣) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " ص٦١٢ .

(١١٤) المستشار محمد أحمد عابدين " حجية الأوراق الرسمية والعرفية وطرق الطعن بالتزوير " ص٣٨ .

(١١٥) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦١٢ .

(١١٦) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص٤٩٨ .

(١١٧) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص٣٨٩ .

هوامش

(١١٨) نقض ١٩٩١/٥/١٤ أحكام النقض س٢ رقم ٣٦٩ ص١٥٨٧ .

(١١٩) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص٥٠٠ .

(١٢٠) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦١٤ .

(١٢١) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص٥٠١ .

(١٢٢) نقض ١٩٥١/١١/٢٧ أحكام النقض س٦ رقم ٤٨ ص١٤٢ .

(١٢٣) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص٣٩٠ .

(١٢٤) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص٦١٥ .

(١٢٥) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٣٥٤ .

(١٢٦) نقض ١٩٧٤/٥/٢٠ أحكام النقض س٥ رقم ٣٣٧ ص٧١٤ .

(١٢٧) نقض ١٩٥١/٥/٢٨ أحكام النقض س٢ رقم ٤١٩ ص١١٤٩ .

(١٢٨) د. أحمد فتحى سرور " الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية الجزء الأول والثانى ص٣٤٨ .

(١٢٩) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص٣٥٠ .

(١٣٠) نقض ١٩٥٠/١/٩ أحكام النقض س٢ رقم٦ ص١٥ .

(١٣١) نقض ١٩٥٣/٦/٢٣ أحكام النقض رقم ٨٣٦ س٢٣ق .

(١٣٢) نقض ١٩٥٤/٣/٢٩ أحكام النقض س٥ رقم ١٤٦ ص٤٢٢ .

(١٣٣) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " ص٦١٧ .

(١٣٤) نقض ١٩٦٥/١١/٩ أحكام النقض س١٦ رقم ١٥٨ ص٨٢٧ .

(١٣٥) د. مأمون محمد سلامه " الإجراءات الجنائية في التشريع المصرى " الجزء الثانى ١٩٧٧ ص١٠٨ .

(١٣٦) د. عادل فريد قسورة " المرجع السابق " ص١٨٩ .

(١٣٧) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص٣٤٣ .

(١٣٨) د. رؤوف غبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " ص٣٨٩ .

(١٣٩) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٤٩٥ .

(١٤٠) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦١٩ .

(١٤١) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية " ١٩٧٧ ص٣٩١ .

(١٤٢) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة الجزء الأول والثاني ص٤٩٧ .

(١٤٣) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " الطبعة الرابعة الجزء الأول والثاني ص٤٩٧ .

(١٤٤) د. محمود نجيب حسني " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص٤٢٧ .

(١٤٥) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص٤٦٦ .

(١٤٦) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص٤٩٣ .

(١٤٧) نقض ١٩٥٣/٦/٨ أحكام النقض س٣ رقم ٣٤١ ص٩٤٨ .

(١٤٨) نقض ١٩٥٠/٤/٢٤ أحكام النقض س١ رقم ١١٣ ص٥٣٢ .

(١٤٩) نقض ١٩٥٩/٤/٢١ أحكام النقض س١٠ رقم١٠٣ ص٤٧٣ .

(١٥٠) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص٤٩٨ .

(١٥١) د. محمود نجيب حسني " المرجع السابق " ص٤٣٩ .

(١٥٢) نقض ١٩٤٦/٤/١٥ القواعد القانونية ج٧ رقم ١٣٩ ص١٢٤ .

(١٥٣) نقض ١٩٥٨/٣/١٧ أحكام النقض س٩ رقم ٨١ ص٢٩٤ .

(١٥٤) نقض ١٩٥٠/١٠/١٦ أحكام النقض س٢ رقم ١٧ ص٤٠ .

(١٥٥) نقض ١٩٤٥/٥/١٥ القواعد القانونية ج٦ رقم ٤٥ ٥٩٣ .

(١٥٦) نقض ١٩٤٢/١٢/٧ القواعد القانونية ج٦ رقم ٣٣ ص٥٠ .

(١٥٧) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٢٣ .

(١٥٨) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص٦٢٣ .

(١٥٩) د. " مأمون محمد سلامه " الإجراءات الجنائية في التشريع المصرى الجزء الثاني ص١١١ .

(١٦٠) نقض ١٩٧٠/٦/١٤ أحكام النقض س٢١ رقم ٢٠٦ ص٨٧٤ .

(١٦١) د. عادل فريد قورة " المرجع السابق " ص١٩٤ .

(١٦٢) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٢٤ .

(١٦٣) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص٥٠٠ .

(١٦٤) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٢٥ .

(١٦٥) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام وأوامر التصرف في التحقيق الطبعة الثانية ص٥٠١ .

(١٦٦) د. مأمون محمد سلامه " المرجع السابق " ص١٠٨ .

(١٦٧) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص٥٠٥ .

(١٦٨) د. أحمد حافظ نـور " جريمة الزنـا فى القانـون المصرى والمقـارن " ١٩٥٨ ص١٠ .

(١٦٩)د. أحمد حافظ نـور " جريمة الزنـا فى القانـون المصرى والمقـارن " ١٩٥٨ ص١٠ .

(١٧٠) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق الطبعة الثانية س٤١٤ .

(١٧١) د. محمود نجيب حسنى : شرح قانون الإجراءات الجنائيـة " ١٩٨٢ ص٤٤٦ .

(١٧٢) د. رؤوف عبيد : " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٢٥ .

(١٧٣) نقض ١٩٤٠/١٢/١١ القواعد القانونية ج٢ رقم ١٢٩ ص١٥٥ .

(١٧٤) د. أحمد حافظ نـور " المرجع السابق " ص٣٠٥ .

(١٧٥) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٥٠٩ .

وأيضاً د. عادل فريد قـورة " المرجع السابق " ص٢٠١ .

(١٧٦) نقض ١٩٤٠/١٢/١١ القواعد القانونية ج٢ رقم ١٢٩ ص١٥٥ .

(١٧٧) د. أحمد حافظ نـور " المرجع السابق " ص٣١٠ .

(١٧٨) د. أحمد فتحى سرور المرجع السابق " ص٥١٠ .

(١٧٩) د. أحمد حافظ نور " المرجع السابق " ص٣١٣ .

(١٨٠) وايضاً د. عادل فريد قـورة " المرجع السابق ص ٢٠١ .

(١٨١) د. رؤوف عبيـد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٢٦ .

(١٨٢) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٥١٠ .

(١٨٣) د. أحمد حافظ نـور " المرجع السابق " ص٣١٧ .

(١٨٤) د. رؤوف عبيد : مبادىء الإجراءات الجنـائيـة " الطبعـة الرابعـة عشرة ص٦٢٧ .

(١٨٥) نقض ١٩٤١/٥/١٩ " القواعد القانونية " ج٥ رقم ٢٥٩ ص٤٧١ .

(١٨٦) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٥١١ .

(١٨٧) د. أحمد حافظ نور " المرجع السابق " ص٣٢١ .

(١٨٨)د. أحمد حافظ نور " المرجع السابق " ص٣٢٣ .

(١٨٩) د. مزمون محمد سلامه " المرجع السابق" ص١١٥ .

(١٩٠) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٢٨ .

(١٩١) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجناذية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص٤١٤ .

(١٩٢) نقض ١٩٤١/١/٢٧ القواعد القانونية ج٥ رقم ١٩٩ ص٣٨٠ .

(١٩٣) د. رؤوف عبيد " مبادىء الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص٦٣٠ ، د. عادل فريد قورة " المرجع السابق " ص١٩٨ .

(١٩٤) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص٦٣١ .

(١٩٥) نقض ١٩٦٠/٣/٣١ أحكام النقض س٢٠ رقم ٩٢ ص٤٣٣ .

(١٩٦) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص٤١٥ .

(١٩٧) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص٥٠٥ إلى٥٠٦ .

(١٩٨) د. مأمون محمد سلامه " المرجع السابق " الجزء الثانى ص١١٨ .

نحو مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة
دراســـة
فى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى

للسيد الأستاذ
محمود رضا ابو قمر
المحامى بالإستئناف العالى

مقدمة - تقسيم:

مـن مسـاهـمات الفقه والقضاء - فى مجال العقود الإدارية - خلق نظرية نظرية الظروف الطارئة - التى تستهدف تحقيق - بقدر الإمكان - التوازن بين الأعباء التى تحملها المتعاقد مع الإدارة ، ومن المزايا التى ينتفع بها على إعتبار أن العقد الإدارى يكون فى مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين .

ومناط أعمال هذه النظرية أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية أو إقتصادية لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ، ولا يملك لها دفعاً وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسارة فادحة تختل معها إقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً وأن تكون من عمل مهمة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، ونتيجة ذلك إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى إحتمال نصيب من الخسارة التى لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارىء .

ومؤدى ما تقدم أن مجال هـذه النظرية ، هـو وقوع حادث طارىء - على الوصف المتقدم - خلال تنفيذ العقد الإدارى .

ولنا أن نتساءل عن مدى إنطباق هذه النظرية فى ظل الظروف العادية لرأى الظروف غير الطارئة لما يستتبع إعمال آثارها وحاصلها إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بالمساهمة فى الخسارة التى لحقت بالمتعاقد معها من جزء هذا الظرف .

وهذا النظر - مما لا شك فيه - ينطوى على مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة بحيث يستوعب الظروف الطارئة وغير الطارئة التى تشكل إخلالاً جسيماً بالتوازن المالى للعقد .

فما حدود هذا المفهوم لنظرية الظروف الطارئة ؟ وما هى سلطة القاضى الإدارى من هذا الصدد ؟ .

وإذا كان كذلك فإن دراستنا تنقسم فى هذا الصدد - على النحو التالى :-

مبحث تمهيدى : نشأة نظرية الظروف الطارئة والتعريف بها .

مبحث اول : المفهوم التقليدى لنظرية الظروف الطارئة .

مبحث ثانى : حدود المفهوم الجديد لنظرية الظروف الطارئة .

ونتناول الموضوعات المتقدمة على النحو التالى :-

مبحث تمهيدى :
نشـأة نظريـة الظـروف الطارئة والتعريف بها :

تختلف العقود المدنية عن العقود الإدارية فالنظام القانونى الذى يخضع له العقد الإدارى

يختلف إختلافاً أساسياً عن النظام القانونى الذى يخضع له العقد المدنى ، مما يضفى على نظرية العقد الإدارى طابعاً قائماً بذاته ويجعله مستقلاً عند نظرية العقد المدنى عموماً [1]

فالأصل فى القواعد المدنية التقليدية أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولا يعفى أحد المتعاقدين من إلتزاماته قبل الطرف الآخر إلا القوة القاهرة وهى الحادث غير المتوقع الذى لا يمكن دفعه ، والذى يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً هذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على إطلاقها فى مجال العقود الإدارية لا سيما عقد الإمتياز فقد فرق مجلس الدولة الفرنسى بين الحالة العادية التى يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بإلتزامه ، وبين القوة القاهرة التى يستحيل فيها الإلتزام ، إطلاقاً مركزاً وسطا يستطيع فيه الملتزم أن يفى بإلتزامه لأن الوفاء بهذا الإلتزام ممكن فى ذاته ، ولكن يناله منه إرهاق مالى شديد [2] ، وذلك على النحو التالى :

عقب نشوب الحرب العالمية الأولى إرتفعت أسعار الفحم إرتفاعاً فاحشاً لدرجة أن وجدت شركة الإضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التى تتقاضا أبعد كثيراً من أن تغطى نفقات الإدارة ، ولهذا تقدمت الشركة للسلطة مانحة الإلتزام طالبة رفع تلك الأسعار ، ولكن تلك السلطة رفضت ، وتمسكت بتنفيذ عقد الإلتزام ، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن تنفيذ إلتزام الشركة لم يصبح مستحيلاً - لأن الفحم ، ولو أن أسعاره قد إرتفعت ، فإنه موجود ، وإنتهى المطاف بالشركة والسلطات الإدارية إلى مجلس الدولة ، فإذا به يقرر مبدأ جديداً مستمداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة ، مقتضاه أنه إذا وجدت ظروف لم تكن فى الحسبان ، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً فللملتزم الحق فى أن يطلب من الإدارة - ولو مؤقتاً - المساهمة إلى حد ما فى الخسائر التى تلحق به [3] .

ولقد راعى مجلس الدولة الفرنسى ، وهو يقرر تلك النظرية ، أنه لو طبق القواعد المدنية على إطلاقها ، لترتب على ذلك حتماً توقف الملتزم فى نهاية الأمر ، لعجزه عن إدارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة ، ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يضار لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التى عولوا عليها فى ترتيب أمور حيازتهم ، ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة .

أما فى مصر ، ففى بادىء الأمر ، يتباين موقف القضاء والفقه فى شأن الأخذ بهذه النظرية فالقضاء الوطنى والمختلط قد رفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، كما صاغها مجلس الدولة الفرنسى حتى وقت قريب ، وقد بذلت محكمة الإستئناف الوطنية بتاريخ ١٩ أبريل سنة ١٩٣١ محاولة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، ولكل محكمة النقض رفضت أن تسايرهم ، ونقضت حكمها السالف بحكم صادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢[4] أما الفقه فقد كان إلى جانب الأخذ بهذه النظريــة.

وظل الحال على ذلك حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذى سلم بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة إلى عقد الإلتزام وقد نقل المشرع هذه النظرية إلى مجال عقود القانون الخاص فنصت المادة ١٤٧ من القانون المدنى على أنه :

١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله ، إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك .

بهذا النص أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة فى مصر بنص تشريعى لا بالنسبة إلى العقود الإدارية فحسب ، ولكن بالنسبة إلى العقود المدنية أيضاً غير أن الأساس الذى بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية وهو قاعدة إستمرار سير المرافق العامة فى أداء خدمات للجمهور غير متصور فى العقود المدنية البحتة ، والتى يقصد من ورائها إلى مصالح خاصة .

مبحث أول

المفهوم التقليدى لنظرية الظروف الطارئة

مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الفقه والقضاء الإدارى رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو إقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى إحتمال نصيب من الخسارة التى أحاقت به طوال فترة الظرف الطارىء ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد وإستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه ، ويقتصر دور القاضى الإدارى على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الإلتزامات العقدية [٥] .

وتقوم نظرية الظروف الطارئة على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فوائد الجهة الإدارية هى كفالة حسن سير المرافق العامة بإستمرار وإنتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها ، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المداومة فى سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدى إلتزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يتعرض بتنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات فمفاد نظرية الظروف الطارئة إنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإدارى ظروف أو

أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت إقتصادياته وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بها أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة إستثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً ، وبذلك يضيف إلى إلتزامات المتعاقد معه إلتزاماً جديداً لم يكن محل إتفاق بينهما ، ومؤدى ذلك أن يعرض على الدائن إلتزام ينشأ من العقد الإدارى ، هذا الإلتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضاً للكفالة بتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن إعتبارها قلباً لإقتصاديات العقد ، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضاً جزئياً عن الخسارة المحققة التى لحقت المدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءاً من الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى إن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة ، ومن ثم يجب لتقدير إنقلاب إقتصاديات العقد وإعتبارها قائمة أن يدخل فى السحاب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى إقتصادياته وإعتبار العقد فى ذلك وحدة واحدة ويفحص فى مجموعة لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التى أدت إلى الخسارة ، ومن ثم فإن إنقلاب إقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ، ولا يمكن من التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد [٦] .

ما يعد من قبيل الظروف الطارئة :

بداية أن الظرف الطارىء يجب أن يكون إقتصادياً ، تأسيساً على أن هذه النظرية إنما قصد بها حماية المتعاقد ضد المخاطر الإقتصادية ، ويشترط فى الظرف الطارىء أن يكون غير متوقع أى لا يمكن دفعه وبهذا المعنى إتجه قضاء المحكمة الإدارية العليا إلى أن الإرتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق ، إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة للعقد الثانى فإن مدى هذا الإرتفاع لم يكن فى الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثانى ٢ جنيه و٨٨٠ مليماً ثم وقت الشراء على حساب الشركة المدعية ٤ جنيهات و٥٠ مليماً ، ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق فى هذه الحالة [٧] .

كما سلمت بهذا النظر فى حكم حديث لها [٨] إذ إنتهت إلى أن أحكام الشروط العامة للمناقصة تنص فى المادة (٢٠) على أن تقدم العطاءات عن توريد أصناف على أساس

التعريفة الجمركية ورسوم الإنتاج وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاء ، فإذا حصل تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم الأخرى أو الضرائب فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وأخر موعد للتوريد ، وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المقاول إنه سدد الرسوم والضرائب عن الأصناف على أساس الفئات المعدلة بالزيادة أما فى حالة ما إذا كان التعديل بالنقض فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المقاول إنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل فى حين تنص (المادة ٦١ من الشروط العامة على إنه) يعمل الحساب الختامى بالتطبيق للفئات الواردة بالجدول بصرف النظر عن تقلبات الأسعار وسعر الجملة كما تنص المادة ٦٢ على أن يتحمل المقاول كل زيادة تحصل من أثمان المهمات أو الشحن أو النقل البحرى والتأمين بكافة أنواعه أو اليد العاملة أو خلافهما له الرجوع لأى سبب كان عن الأثمان التى قبلها .

ومؤدى ذلك أن الحكم يختلف بإختلاف السبب الطارىء المؤثر على قيمة العطاء فإذا كان هذا السبب راجعاً إلى تقلب السوق وسعر العملة إلتزم المقاول بما ترتب على ذلك من آثار سواء بالزيادة أو النقصان أما إذا كان السبب راجعاً إلى تعديل الضرائب والرسوم الجمركية إلتزمت الوزارة بما يترتب عليه من أثار على النحو المبين فى المادة ٢٠ المشار إليها يستوى فى ذلك أن يكون السبب المؤثر على قيمة العطاء بعد تقديمه قد طرأ قبل أو بعد إتمام إجراءات التعاقد .

ومفاد ما تقدم جميعه ، أن أثر الظرف الطارىء فى التوازن المالى للعقد ، فإذا كان هذا الظرف قد جعل تنفيذ إلتزام المتعاقد مع الإدارة أمراً مرهقاً فعلى الإدارة أن تشاركه فى تلك الخسارة بالقدر الذى يحد منها ويردها إلى الحد المعقول ، أو بمعنى آخر إن مساهمة الإدارة يكون بالقدر الذى يخفف من قدر الخسارة التى لحقت بالتعاقد [٩] .

المدى الزمنى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

يجب أن يقع الظرف الطارىء عقب إبرام العقد الإدارى وقبل تنفيذه وهذا يقتضى - غالباً - أن يكون تنفيذ العقد من شأنه أن يمتد فترة من الزمن - تجرى خلالها - الظروف الطارئة ما يؤدى إلى الإخلال بإقتصاديات العقد .

وإنه ولئن كان المدى الزمنى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وقوع الحادث الطارىء عقب إبرام العقد وأثناء تنفيذه إلا أن القضاء جرى على جواز تطبيق هذه النظرية فى حالة وقوع الحادث الطارىء بعد المدة المحددة فى العقد للتنفيذ ، شريطة أن يكون الحادث قد وقع أثناء المهلة التى وافقت الإدارة على منحها للمتعاقد بعد إنتهاء هذه المدة [١٠] .

وفوق ذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسى جرى على التعويض عن الظروف التى تطرأ قبل إبرام العقد أساس ذلك أن إبرام العقود يمر غالباً بمراحل متعددة ، فإنه يتعين أن يوضع فى الحسبان الظرف الذى يطرأ عقب إبداع العطاء ، وقبل

توقيع العقد ، والمتعاقد مع الإدارة يلتزم بمجرد تقديمه ، بحيث لا يحق أن يرجع فيه فى حين أن الرابطة التعاقدية - بمعناها الغنى - لا تتم إلا بعد وقت طويل من تاريخ التقدم إلى المناقصة ، ومن ثم فإذا وقعت الظروف الطارئة فى خلال تلك الفترة ، فإن مجلس الدولة الفرنسى يعوض عنها فإذا وقع الظرف الطارىء ولم تثبت الإدارة فى العطاء خلال المدة المحددة ، فإن من حق المنافسين أن يسحبوا عطاءاتهم فإذا لم يفعل المتنافس ، فإنه يعتبر عالماً بالظرف الطارىء وقت تعاقده ، ومن ثم فلا حق له فى التعويض [11] .

مقتضى تطبيق نظرية *الظروف الطارئة* :

لكى يعوض مجلس الدولة الفرنسى عن الظرف الطارىء يتعين أن يكون من شأن هذا الظرف أن يؤدى إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تؤدى إلى قلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب فلا يكفى فى هذا الصدد أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها بل ولا يعتبر الشرط متحققاً إذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلى إذا كان هذا الضرر معقولاً .

وأن مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة فى هذه الخسارة ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها عند الشراء على حسابها ، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية ، وأنه يجب أن يؤخذ فى الإعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف الى أبرم بها العقد من إرتفاع مفاجىء فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه وإستمرار هذا الإرتفاع طوال مدة التنفيذ ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد إنتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها فى الإرتفاع [12] .

***الظروف الطارئة لا تسوغ الإمتناع عن التنفيذ* :**

من المبادىء المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه إحتياطيات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الإدارى يتعلق بمرفق عام لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بإلتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد إلتزاماتها قبله ، بل يتعين عليه إزاء هذه الإعتبارات أن يستمر فى التنفيذ ما دام ذلك فى إستطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بإلتزامها إن كان لذلك مقتضى ، وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرداته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبى [13] .

أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

يتمثل أثر الظرف الطارىء فى معاونة الإدارة للمتعاقد معها فى الخسارة التى لحقت به من جراء هذا الظرف .

أو بمعنى أوضح ، أن توافر شروط تطبيق هذه النظرية – على النحو السابق – إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد المتعاقد معها تحمل نصيبه من الخسارة التى حاقت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة [١٤] .

ويدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى إقتصادياته ، وإعتبار العقد وحدة بحيث يفحص فى مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط ، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها ، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التى أدت إلى الخسارة ، ومن ثم فإن إنقلاب إقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد .

ولكن يحدث فى العمل أن يمارس المتعاقد مع الإدارة عدة أنواع من النشاط ، يقوم بينها إتصال يختلف ضعفاً وقوة بحسب الأحوال فكيف يقدر الإرهاق فى هذه الحالات ؟ تقوم الحلول التى يقدمها ملس الدولة الفرنسى على الأسس التالية [١٥] .

(أ) يجب أن يوضع فى الإعتبار – عند تقدير الإرهاق المشكو منه – جميع أوجه النشاط التى يمارسها المتعاقد ، والتى يقوم بينها إتصال وثيق ، بحيث يمكن إعتبارها فرعاً من الإلتزام الأصلى فى العقد فإذا كان العقد عقد إمتياز مثلاً ، وكانت الشركة الملتزمة تساهم فى شركة إلتزام أخرى مماثلة ، فيجب أن يحسب فى تقدير الإرهاق ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من أرباح الشركة الأخرى ، كما يتعين أن يدخل فى أرباح الشركة أيضاً حصيلة ما تبيعه من منتجات ثانوية تتصل بموضوع الإستغلال الأصلى .

وفى هذه الحالات ، يجب أن ينظر إلى جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلى موضوع العقد أو إذا كان المتعاقد يمارس أوجه مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد ، كتنفيذ أشغال عامة ، أو إدارة مرافق عامة عن طريق الإلتزام أو مع توريد بضائع للإدارة ، فيجب عند تقدير الإرهاق الذى يتعرض له المتعاقد ، أن يوضع فى الإعتبار نتيجة جميع الأعمال المنصوص عليها فى العقد .

(جـ) ولكن لا يدخل فى حساب الإرهاق المتصل بعقد يعفيه ، نتيجة النشاط الذى لا يعتبر فرعاً من الإلتزام الأصلى المنصوص عليه فى العقد ، كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد ، وأوضح من الحالة السابقة أن يمارس المتعاقد نشاطاً واحداً ولكن بمقتضى عقدين مختلفين لإختلاف جهة الإدارة المتعاقدة فى كل من العقدين ، فحينئذ يقدر الإرهاق بالنسبة إلى كل عقد على حدة .

مبحث ثانى

حدود المفهوم الجديد لنظرية الظروف الطارئة

ألقينا الضوء – فيما سبق – على نظرية الظروف الطارئة

وفقاً لعناصرها التى غدت من مستلزمات تطبيقها .

فى الواقع أن هذه النظرية ، ولئن كانت تجد مجالاً فى التطبيق ، حيث تطرأ ظروف ليس فى الحساب توقعها ولا يملك المتعاقد مع الإدارة لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معه إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً ، الأمر الذى يستتبع بالضرورة إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيبه من الخسارة التى حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارىء ، إلا إنه فى الحقيقة أن لهذه النظرية مجالاً فى التطبيق - مع إنتفاء أحد شروط تطبيقها - شرط عدم توقع حدوث الظرف الطارىء - بالنص على تحريك الأسعار لمواجهة الخسارة المتوقعة ، أو أن تكون الجهة المتعاقد معها محتكرة للسلعة ، الذى لا مناص معه من قبول كل زيادة فى السعر عن المتفق عليه فى العقد وأساس هذا النظر أن الفقه والقضاء الإدارى قد خلق نظرية الظروف الطارئة .

ونظرية التوازن المالى للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التى ينتفع بها على إعتبار العقد الإدارى يكون فى مجموعه كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتعادل كفتى الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينه حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع إختلاف مقدار التعويض ، فتارة يكون التعويض كاملاً ، وتارة أخرى يكون جزئياً ، وأياً كانت الأسانيد الى قامت عليها هذه النظريات والقواعد أو إختلاف الرأى فى مبرراتها فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترتد فى الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى ، كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين من يتعاقد معها من الشركات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة ، وأن القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الإدارى فى هذا الشأن إنما كانت وليدة البحث والتقصى وثمرة تجارب حقيقية طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التي قامت بين جهات الإدارة - والمتعاقدين معها ، وإن الإطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط وإعتبارات شتى وحقائق غير منكورة حاصلها إنه يجب مفهوماً إن حق جهة الردارة فى الحصول على المهمات - والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف يقابله من جانب المتعاقد معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الإستهلاكات الحاسبية ، ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كلاً منا إزاء الآخر موقف المتربص والتجسس وإنتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامناً فهو خليق بأن يتحول فى أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام

القضاء ، بل أن الحق الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعي فيها كثير من الإعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة ، وأن الهدف الأساسي هو كفالة حسن سير المرافق العامة بإستمرار وإنتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها ، وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة إختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة فيجب أن تؤدى بأمانه وكفاية ، وهذا وذلك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازه في مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها إلى إنه سينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل - جزاءه الأوفى وأجره العدل - ولذلك ينبغي ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبغي من تعاقده تحقيق ربح حلال ، إذ أن هذا حقه الذي لا ينازع فيه ، وهو لا ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة إلا منذ اللحظة التي ينحرف فيها عن الإجادة ويتنكب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أياً كانت وسائله في ذلك - أو يسرف في طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة - وفي هذه الحالة يكون من حق الإدارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بإرباحه إلى الحد المعقول ، لأن الأرباح الفاحشة إنما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مع أن الأعمال الي تؤدى تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع - ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الإدارة - مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره ، وإتخاذه الحيطة الواجبة قد تصادفه عند التنفيذ ظروف إستثنائية وأمور لم تكن في الحسبان وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها أو يتعرض لمخاطر إدارية أو إقتصادية ، وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده الغرم وأن تساهم جهة الإدارة بقدر معين ففوضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من إضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها ، تأسيساً على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النيه في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض إستناداً إلى نصوص العقد الحرفية . ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك إستباحة الإضرار به وهو أمر إلى جانب مجافاته للعدالة لا يتفق والمصلحة العامة إذ ينتهي الأمر إلى إحد

نتيجتين : إما إلى خروج المقاولين أو متعهدى لتوريد الامناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة أو إنصرافهم عن الإشتراك فى المناقصات مستقبلاً ، فيتلقف الزمام إلى غير الأكفاء وغير الأمناء وتقع المنازعات والإشكالات التى تنتهى إلى تعطيل المرافق العامة وبخاصة بالنسبة للأعمال الإنتاجية والإقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة بما تتطلبه من كمال فنى ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلا فى طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية ، وما تملكه من آلات وأدوات خاصة وأما أن يعمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً للإحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة وتكون النتيجة زيادة عامة فى الأسعار التى تتم بطريق المناقصة ، وبما يفوت على جهة الإدارة غرضها فى الحصول على أصلح الأيدى العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسباب المؤدية إليها لإنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول يضاف إلي ما تقدم أن لجهة الإدارة ميزة الخروج على مبدأ المساواه بين طرفى العقد بثبوت حقها فى تعديل العقد من جانبها وحدها وفى الحدود التى تقتضيها المصلحة العامة ، وهى إذ تمارس سلطة التعديل لحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ولذلك فإنه تحقيقاً للعدالة يكون من حق المتعاقد مع جهة الإدارة أن يعوض تعويضاً عادلاً عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الإدارة لسلطة التعديل ذلك لأن إيثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتى الميزان بينهما ، وإلا إنتهى الأمر إلى النتائج السابق بيانها ، وهى لا تتفق مع المصلحة العامة ، بل هى لا تحققها فى قليل أو كثير(١٦)

كما إن المحكمة الإدارية العليا قد إنتهت إلى أن الإرتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق وإن صح كان متوقعاً بالنسبة للعقد الثانى - فإن مدى هذا الإرتفاع لم يكن فى الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثانى ٣جنيه و٨٨٠ مليماً ثم وقت الشراء على حساب الشركة المدعيه ٤ جنيهات و٥٠ مليماً وإنتهت إلى تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى هذا الشأن .

كما أن قسم الرأى مجتمعاً قد إنتهى فى الفتوى الصادرة فى ١٩٥٤/٧/١٧ إلى أن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة إلى الدولار يعتبر حادثاً إستثنائياً عاماً فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى إذ لم يكن فى وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد ، ومع التسليم الجدلى بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع إلتجاء الحكومة إلى خفض قيمة الجنيه المصرى ، فإن مدى هذا

التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به ، ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره فى التوازن المالى للعقد قد جاوزت ما كان ما مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد [18] .

وفى الحالتين أن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ إلتزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه فى تلك الخسارة بالقدر الذى يحد منها ويردها إلى القدر المعقول بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعهد أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذى يخفف من فداحتها .

وإذا الأمر كذلك فى الحالة السابقة ، فإنه - وبنفس القدر - فى هذه الحالة ما إذا توقع أحد المتعاقدين حدوث ظروف أو مخاطر يضطرب معها التوازن المالى للعقد ، وبنص فى العقد - على تحريك الأسعار لمواجهة مثل هذه الظروف وتلك المخاطر المتوقعة ، ومؤدى ذلك إعمال هذا النص ، ويقتصر أثره فى المساهمة فى الخسارة التى لحقت بالظروف المتعاقد مع الإدارة بما يضمن فى نهاية الأمر تنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ومن ناحية أخرى ليس من العدالة فى شىء أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة عبء جميع الأضرار وحده .

وهذا النظر ينطبق فى الحدود والمدى والأثر - فى حالة ما إذا كانت الجهة المتعاقد معها من الجهات المحتكرة للسلعة محل التعاقد ، ففى هذه الحالة ، فإن الجهة الأخيرة ، تتمتع بمزايا لا قبل لأحد بها ، وإذا ما قامت بتعديل الأسعار بالزيادة فإنه لا مناص من المتعاقد مع تلك الجهة من التزول على رغبة تلك الجهة ، والمشاركة فى الخسارة التى لحقت بها .

ومؤدى هذا النظر - فى مجموعه - أن نظرية الظروف الطارئة لا تقف عند حد الظروف الطارئة بالمعنى التقليدى بأن تطرأ حوادث لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ، ولا يملك لها دفعاً ، وأن يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً فحسب بل تتسع هذه النظرية لتشمل الظروف والحوادث المتوقعة إذا ما تم النص على ذلك فى العقد كما هو الحال فى شأن ما إذا كان المتعاقد مع جهة محتكرة لبعض الأصناف والسلع ، إذ أن هذه الجهة الأخيرة تملك تحريك السعر إذا دعت الظروف لذلك ويتعين على المتعاقد معها على النزول على رغبة تلك الجهة .

ولنا كلمة أخيرة فى هذا الصدد ، وهى تتعلق بسلطة القاضى الإدارى فى شأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

الأصل أن القاضى إذا ما تحقق من توافر شروط تطبيق الظروف الطارئة ، وأن من شأنها إن تجعل تنفيذ إلتزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً يتهدد المتعاقد بخسائر فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً ، ألزم الإدارة بتحمل نصيب من الخسائر دون تعديل للإلتزامات العقدية التى يرتبها العقد الإدارى .

كما أن القاضى فى مجال تقدير التعويض - إذا تحقق من أن المتعاقد مع الإدارة لم يقم

أن المتعاقد مع الإدارة لم يقم بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية كاملة دور أن أعفته الجهة الإدارية من بعض إلتزاماته المتعاقد عليها ، فإنه والحال كذلك لا محل للتعويض ، إذ أن إعفاء المتعاقد من بعض إلتزاماته خير مشاركة من جانب الإدارة للمتعاقد فى تحمل بعض أعباء العقد خلال فترة الظرف الطارىء ، كما أنه لا محل لتطبيق النظرية عند توافر شروطها للحكم بتعويض يحقق ربحاً للمتعاقد ، أساس ذلك أن مجال إعمال النظرية تحمل جزء من الخسائر وليس تحقيق ربح للمتعاقد [١٩] .

هوامش مفهوم جديد للظروف

(١) ثورية لعيونى ، معيار العقد الإدارى من دراسة مقارنة – رسالة ، جامعة عين شمس ١٩٨٧ ، ص٢٨ وما تلاها .

(٢) سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ، ص٦٠١ وما تلاها .

(٣) C.E : 30 Mars 1916, Compagnie generale d'Eclariage de Bardeaux, Rec, p125 Cone chardent. D1916 3.25 S.1916 3.17 note Haurion .

(٤) مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة النقض ج١ ص٥٢ .

(٥) الإدارية العليا طعنى رقمى ١٥٦٢ / ١٠ ق ٦٧ / ١١ ق ، جلسة ١٩٦٨/٥/١١ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثانى عشر ، ص٨٩٣ ، وطعنى رقمى ٨٤٣ ، ١٩٢٢ / ٢٦ ق ، جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠ .

(٦) الإدارية العليا الطعن رقم ١٤/٤٦ ق ، جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ .

(٧) طعن رقم ٦/١٢١٥٠ ق ، جلسة ١٩٦٢/٦/٩ .

(٨) طعن رقم ١٠/١١٨٦ ق ، جلسة ١٩٦٧/١١/٢٥ .

(٩) فى هذا المعنى ، فتوى رقم ٣٦٠ فى ١٩٥٤/٧/١٧ ، منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة المشار إليها ، ص٨٩٦ .

(١٠) فى هذا المعنى طعن رقم ٢١٥٠ / ٦ق ، جلسة ١٩٦٢/٦/٩ ، منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة المشار إليها ، ص٨٩٩ .

(١١) C .E 15 Janu 1932, Ste les limousins, Rec, P64 .

(١٢) طعن رقم ٣١٥٠/٦ق جلسة ١٩٦٢/٦/٩ سبقت الإشارة إليه .

(١٣) طعن رقم ٧٦٧/١١ق ، جلسة ١٩٦٩/١٧/٥ وفى هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية ملف٧٠٢/٢/٣٢ ، جلسة ١٩٨٠/٢/٦ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة المشار إليها ، ص٦٠١ وما تلاها .

(١٤) فى هذا المعنى ، الإدارية العليا ، طعن ١٧/١٢٢٣ ق ، جلسة ١٩٨٤/١٢/١٨ .

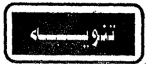
(١٥) يراجع فى تفاصيل ذلك د. سليمان الطماوى ، المرجع السابق ص٦٢٥ وما تلاها .

(١٦) فى هذا الشأن حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ .

(١٧) فى هذا المعنى ، الإدارية العليا ، طعن ١٧/١٢٢٣ ق ، جلسة ١٩٨٤/١٢/١٨ .

بكل الحزن والاسى . وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعى مجلس النقابة زملاء أعـزاء إنتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً . ويتضرع المجلس إلى العلى القدير أن يتغمدهم برحمـته وأن يسـكنهم فسـيح جناتـه .. وأن يلهم أسرهم وزويهم وزملاءهم الصبر والسلوان ...

الاستاذ / صـفى الديـن سـالم	المحامى
الاستاذ / كامل عوض اسكاروس	المحامى
الاستاذ / البير فهمى المنشـاوي	المحامى
الاستاذ / محمود المرسى شحاته	المحامى
الاستاذ / وصفى عزيز ميخائيل	المحامى
الاستاذ / مهـنى مشـــــرقى	المحامى
الاستاذ / عبد الباسط محمد بدوى	المحامى
الاستاذ / حسيـن العـارف برعى	المحامى
الاستاذ / سعيد أبو الغيط	المحامى
الاستاذ / حسنى عبد العزيز العاطون	المحامى
الاستاذ / المعز لدين الله احمد على ناصف	المحامى
الاستاذ / احمد حلمى سـالم	المحامى
الاستاذ / نيتو كريس فهمى	المحامى
الاستاذ / بطرس طلعت	المحامى
الاستاذ / هشام فتحى صلى	المحامى
الاستاذ / محمود الحكيم	المحامى
الاستاذ / جلال احمد موسى	المحامى
الاستاذ / نسيم جورجى	المحامى
الاستاذ / زكريا عبد الرحمن حلمى	المحامى



لما كان الطعن الذى قدم ضد قرارات الجمعية العمومية المنعقدة فى ١٩٨٨/١١/٢٥ بشأن زيادة المعاشات قد أنقضى أمره بإبرام القرارات الصادرة من الجمعية لذلك وتنفيذاً لهذه القرارات .

قرر مجلس النقابة بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩١/١٢/٥ تنفيذ قرارات الجمعية العمومية إعتباراً من ١٩٩٢/١/١ .

اولاً : الإشـــتراكات

	قرش	جنيه
الجدول العام	٧٠	٨
إبتدائى أقل من ٣ سنوات	٧٠	٢٢
إبتدائى لأكثر من ٣ سنوات	٧٠	٢٦
إستئناف عالى ومجلس الدولة	٧٠	٧٧
نقض	٧٠	١٥٢

ثانياً: الرسوم وتمغة المحاماة المطلوبة للقيد بجدول المحامين حسب السن
والدرجة لأول مرة وتسدد من الطالب شخصيا

فئة السن	للقيد بالجدول العام			للقيد بالجدول مع الإبتدائى			للقيد بالجدول مع الإستئناف		
	الرسم والإشتراك	دمغة المحاماة	الإجمالى	الرسم والإشتراك	دمغة المحاماة	الإجمالى	الرسم والإشتراك	دمغة المحاماة	الإجمالى
السن أقل من ٣٠ سنة	١١٥ جنيه	٥٥ جنيه	١٧٠ جنيه	٢٤٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٣٤٩ جنيه	٤٥٤ جنيه	١٥٠ جنيه	٦٠٤ جنيه
من ٣٠ لأقل من ٣٥ سنة	٥١٥ جنيه	٥٥ جنيه	٥٧٠ جنيه	٦٤٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٧٤٩ جنيه	٨٥٤ جنيه	١٥٠ جنيه	١٠٠٤ جنيه
من ٣٥ لأقل من ٤٠ سنة	١٠١٥ جنيه	٥٥ جنيه	١٠٧٠ جنيه	١١٤٩ جنيه	١٠٠ جنيه	١٢٤٩ جنيه	١٣٥٤ جنيه	١٥٠ جنيه	١٥٠٤ جنيه
من ٤٠ لأقل من ٥٠ سنة	٢٠١٥ جنيه	٥٥ جنيه	٢٠٧٠ جنيه	٢١٤٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٢٢٤٩ جنيه	٢٣٥٤ جنيه	١٥٠ جنيه	٢٥٠٤ جنيه
من ٥٠ لأقل من ٦٠ سنة	لا يجوز قيده بالجدول العام فقط طبقاً لقانون المحاماة			٣٦٤٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٣٧٤٩ جنيه	٣٨٥٤ جنيه	١٥٠ جنيه	٤٠٠٤ جنيه
من ٦٠ سنة فما فوق	لا يجوز قيده بالجدول العام فقط طبقاً لقانون المحاماة			٥١٤٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٥٢٤٩ جنيه	٥٣٥٤ جنيه	١٥٠ جنيه	٥٥٠٤ جنيه

الرسوم المطلوبة لرفع القيد من درجة إلى اخرى
وتسدد من الطالب شخصياً

الدرجة المطلوبة	الرسم والإشتراك	دمغة المحاماة	الإجمالى
من جزئى إلى إبتدائى	١٤٦ جنيه	٢٥ جنيه	١٧١ جنيه
من إبتدائى إلى إستئناف	٢٣٠ جنيه	٣٥ جنيه	٢٦٥ جنيه
من إستئناف إلى نقض	٤٠٥ جنيه	١٠٥ جنيه	٥١٠ جنيه

ثالثا : التمغـات

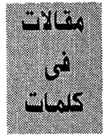
	جنيه
المحاكم الجزئية	٢
المحاكم الإبتدائية وما يعادلها	٤
محاكم الإستئناف وما يعادلها	٦
محكمة النقض وما يعادلها	٢٠

والله الموفـق ،

أمين صندوق النقابة
محمود عبد الحميد سليمان
عضو مجلس نقابة المحامين

نقيب المحامين
أحمـد الخواجـه

فهرس العدد



من عرف الدنيا زهد فيها ، ومن عرف الآخرة رغب فيها ، ومن عرف الله آثر رضاه .

أحمد بن أبى الحوارى

اللهم لا تكثر لى من الدنيا فأطغى ، ولا تقلل لى منها فأنسى ، فإنه ما قل وكفى خير مما كثر وألهى .

أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

يجب أن توقف السلطة المطلقة ، لأن السلطة المطلقة هى المفسدة المطلقة .

مونتسكيو

إن عدم وجود معارضة حقيقية منظمة ، لا يتلاءم مع وجود حريات عامة .

العميد كوبار

إن للسلطة نشوة تلعب بالرؤوس كنشوة الخمر .

العالم الإجتماعى
الدكتور جوستاف لوبون

إن الخير يأتى للشعب - قبل كل شيء - بفضل توفر عاملين أو دعامتين ، وجود نظام طيب من أنظمة الحكم ، ووجود شخصيات طيبة على رأس إداة الحكم .

الأستاذ بارتلمى

إن القانون فى الحكم الدكتاتورى لا يعبر عن إرادة أغلبية النواب ، إنما يعبر عن إرادة الحاكم الدكتاتور .

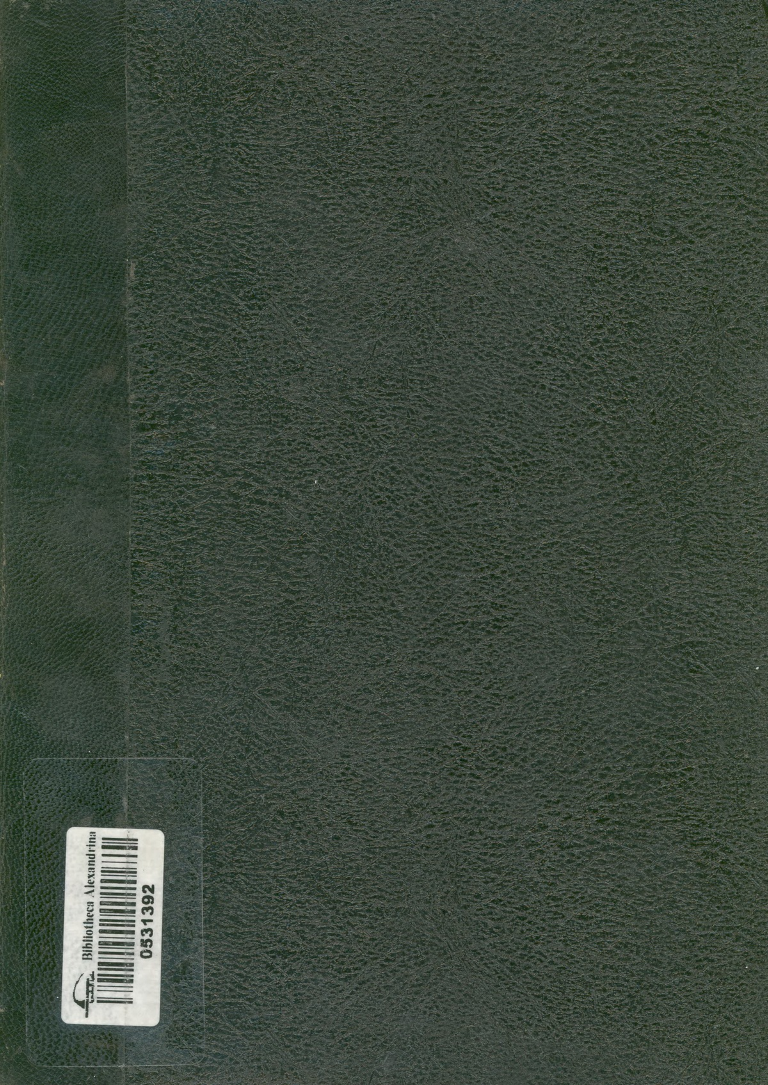
الأستاذ جاستون جيز



المحامـاة فى أسـمى مظاهرهـا تدافـع عن الحق بإعتباره فكرة - لا مهنة وتـذود عن المظلومين أفـراداً وجماعـات .

المغفور له الأستاذ الكبير
مكـرم عبيـد
النقيب السابق

دار وهدان للطباعة
ت: ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤


Bibliotheca Alexandrina
0531392